

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRIVILÈGE

DU

COPARTAGEANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 24 Janvier 1913 à 3 heures 1/2

PAR

JACQUES GASTINNE

Président : M. PLANIOL.

Suffragants { MM. PIÉDELIEVRE, *professeur.*
Amboise COLIN, *professeur.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRIVILÈGE

DU

COPARTAGEANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 24 Janvier 1913 à 3 heures 1/2

PAR

JACQUES GASTINNE



Président : M. PLANIOL.

Suffragants { MM. PIÉDELIEVRE, professeur.
Amboise COLIN, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT

INTRODUCTION

« L'égalité est l'âme des partages », dit-on comme un axiome depuis l'antiquité. Ce principe est encore celui qui régit notre droit sur ce sujet ; faisant exception à l'article 1418 du Code civil, l'article 887 en forme la base : l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, permise en matière de partage, n'a été créée que pour établir l'égalité dans ces actes. Puisque ceux-ci ne sont pas des actes translatifs de propriété, mais déclaratifs, ils doivent être exempts de toute pensée de spéculation et de bénéfice, l'égalité doit en être le fondement.

Il ne suffisait pas d'établir l'égalité dans la formation des lots, au moment de la conclusion du partage ; il fallait la maintenir après sa consommation. C'est à cet effet, que le législateur obligea les copartageants à se garantir mutuellement des évictions, dont les biens, qui leur seraient attribués, pourraient être l'objet : de là l'utilité de l'article 884 de notre Code civil.

Enfin pour satisfaire pleinement le principe d'égalité, les articles 2103-3° et 2109 vinrent doter d'un privilège spécial sur immeubles, les créances que les copartageants pourraient se devoir, soit en vertu de l'obligation de garantie créée par l'article 884, soit à cause des soultes ou retours de lots, mis à la charge du lot le plus fort pour indemniser le lot plus faible, soit enfin à raison des licitations prononcées en faveur de l'un d'eux. Ce privilège reçut naturellement le nom de « privilège de copartageant » ou « de colicitant. » C'est son étude que nous nous proposons ici d'entreprendre.

Mais avant d'entrer dans le vif de notre sujet, nous devons donner plus de détails sur la justification et le fondement du privilège de copartageant, et rechercher quand et comment il s'introduisit dans notre droit.

I

C'est, avons-nous dit, le souci du législateur de 1804, de maintenir le *principe d'égalité* dans les partages, qui fournit principalement la justification du privilège du copartageant. Il est facile de s'en convaincre par une brève analyse des trois hypothèses, qui, prévues aux articles 2103-3° et 2109, donnent naissance au privilège.

1° L'un des copartageants peut être évincé d'un des biens, qui lui ont été attribués par le partage pour com-

poser son lot : grâce à l'article 884, il a une action en garantie contre ses copartageants ; par cette action, il obtiendra une certaine somme d'argent, qui lui est due par ses copartageants, pour l'indemniser de la perte qu'il a subie, et, pour qu'il soit certain que cette créance lui soit payée, l'article 2103-3° la déclare privilégiée. N'est-ce pas là une conséquence du principe d'égalité ?

2° Il peut se faire, que les biens attribués à des copartageants ayant des droits égaux dans une indivision, ne soient pas d'égale valeur : celui qui reçoit un lot plus fort, devra à celui qui n'a qu'un lot plus faible une compensation, c'est-à-dire une soulte, un retour de lot : ce retour pourrait être illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur ; aussi la loi donne-t-elle au créancier une sûreté réelle pour en garantir le paiement. Si on n'empêche pas le copartageant débiteur d'acquérir la propriété des biens composant son lot, « tout au moins on contrebalance cet effet par la création d'un privilège, qui en fait rentrer la valeur dans le patrimoine des autres (1). »

3° Enfin la chose commune peut être impartageable en nature, ou bien le partage ne peut en être fait commodément et sans perte ; il y aura lieu de procéder à sa licitation ; qu'un des copartageants s'en porte adjudicataire, le privilège de colicitant naîtra au profit des autres, pour assurer le paiement du prix de la licitation ; car leur part dans ce prix leur tient lieu de leur part dans la chose ;

(1) Planiol, II, 2905.

sans cette sûreté réelle ils risqueraient de ne pas obtenir la part à laquelle ils ont droit.

Le privilège du copartageant est d'autant plus précieux pour les parties, qui concourent à un partage, que celles-ci ne pourraient en demander la résolution pour inexécution des conditions, à moins d'y avoir inséré expressément une clause résolutoire. Nous verrons en effet, que la clause résolutoire n'est pas de droit en matière de partage, mais qu'elle peut y être introduite par une disposition formelle des parties. N'était-il pas juste de donner aux copartageants un privilège en compensation de cette action résolutoire, qui leur fait défaut ?

A côté du principe d'égalité, ne pourrait-on pas chercher une justification complète ou complémentaire, dans le rapprochement que l'on peut faire entre notre privilège et les privilèges du vendeur ou des architectes ?

Quoique le partage soit, aux termes de l'article 883, déclaratif et non attributif de propriété, ne peut-on pas dire, que les copropriétaires s'abandonnent réciproquement des biens, sous la condition pour chacun de posséder paisiblement son lot ? « Il est naturel, dit Colmet de Santerre (1), que les biens de chaque lot restent spécialement affectés à la garantie des autres, comme la chose vendue l'est au paiement du prix. » Dans le partage, comme dans la vente, chaque copartageant consent à

(1) Demante et Colmet de Santerre, art. 2103, 3^o, III, 53.

reconnaître aux autres, un droit de propriété exclusif sur les immeubles à eux attribués par le partage ou adjugés sur licitation, que déduction faite d'un privilège, destiné à lui assurer la conservation de son lot (1).

Assimiler ainsi la vente et le partage serait peut-être aller trop loin ; l'article 883 est plus catégorique que l'on veut bien le dire : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » Les copartageants ne sont pas les ayants cause les uns des autres ; ils ne s'abandonnent rien et le partage n'enrichit pas leur patrimoine. « Le partage, dit Laurent (2), n'est pas translatif de propriété, il déclare seulement quels ont été les droits des copartageants à partir du moment où l'indivision a commencé. » Du reste si le partage se rapprochait de la vente au point de pouvoir lui être assimilé, une disposition spéciale de la loi était inutile ; le privilège du vendeur suffisait (3).

Sans pousser le rapprochement de la vente et du partage aussi loin que Colmet de Santerre, et sans être aussi intransigeant que Laurent, ne serait-il pas possible de garder un juste milieu ? « En droit, dit M. Guillouard (4), le partage est de nature mixte ; à la fois déclaratif et translatif : déclaratif en ce sens que dans le partage de succession, chaque cohéritier tient réellement du défunt l'origine

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 600.

(2) Laurent, XXX, 26.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 600.

(4) Guillouard, II, 496.

et le principe de son droit : translatif en ce sens que chaque cohéritier abandonne à ses cohéritiers, sa part dans les biens formant le lot de ceux-ci, et cet abandon réciproque permet à chacun d'eux d'avoir la propriété exclusive de son lot. »

Il est inutile de nous attarder à cette question, et d'essayer de trouver le fondement du privilège du copartageant dans la comparaison, qu'il est possible d'établir entre la vente et le partage. Cette comparaison ne peut, à elle seule, fournir une justification suffisante; mais elle vient compléter l'idée sur laquelle nous devons fonder principalement le privilège de l'article 2103-3° : l'idée d'égalité dans les partages.

Cette base, ce principe d'égalité, est-elle tout au moins exempte de critique? Au dire de Beudant, en se fondant sur l'équité, on commet une iniquité : « au nom de l'égalité future, dit-il (1), il faut que les immeubles mis dans chaque lot restent affectés au paiement de ce qui est dû à raison du partage. Soit! Mais il y a une lacune dans ce raisonnement. Pourquoi cette égalité, qui est en effet la loi du partage et qui intéresse assurément les copartageants, serait-elle obtenue aux dépens des créanciers du copartageant débiteur? Or, c'est ce qui résulte du privilège. Il se traduit par un droit de préférence aux dépens des créanciers du copartageant débiteur; ce sont eux qui

(1) Beudant, II, 506.

font les frais de l'idée d'égalité, résultat assurément fort étrange.» Il y a là, croyons-nous, une erreur : le copartageant débiteur d'une soulte, par exemple, n'est devenu propriétaire exclusif que sous l'obligation de payer cette soulte mise à sa charge par le partage, ses créanciers ne peuvent acquérir sur les biens mis dans son lot, qu'un droit égal à celui qu'il a lui-même ; comme lui ils doivent supporter la condition imposée par le partage, et cette condition est de laisser les copartageants créanciers prélever les sommes qui leur sont dues ; ils ne peuvent, en un mot, avoir plus de droits que leur débiteur n'en a.

Le seul reproche (1) que l'on puisse faire au législateur, c'est de n'avoir pas poussé jusqu'au bout son raisonnement : il se fonde sur l'égalité pour accorder aux copartageants un privilège sur les immeubles compris au partage ; quand la masse à partager n'en comprendra point, il n'y aura plus de privilège. L'égalité dans les partages n'a pas plus de raison d'être protégée, quand il y a des immeubles à partager, que lorsqu'il n'y en a pas. Il y a autant de raisons d'invoquer le principe d'égalité dans un partage de valeurs mobilières que dans un partage comprenant des immeubles. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas créé pour le copartageant, comme il le fit pour le vendeur de meuble, un privilège mobilier ? Il y a là une lacune qu'il serait bon de combler ; car les partages purement mobi-

(1) V. cependant les critiques formulées à propos de la loi du 11 brumaire an VII, *infra*, p. 13.

liers sont de plus en plus fréquents et englobent des valeurs considérables à notre époque. La création d'un privilège sur les meubles, au profit des copartageants, serait la réparation d'une injustice.

II

Le privilège de l'article 2103-3° repose donc sur une idée d'équité; est-il aussi vieux que le principe d'égalité dans les partages?

Il existait dans notre ancien droit : Pothier (1) parle de « l'hypothèque tacite qu'a un copartageant sur les biens échus au lot de ses copartageants pour toutes les obligations résultant du partage, quoiqu'il n'ait pas été fait par acte devant notaires. » Louët (2), avant Pothier, examinait la question de savoir si le partage emportait « hypothèque » pour la garantie que se doivent les cohéritiers, bien que cette « hypothèque ne fût point stipulée », ou que l'acte de partage fût fait « sous seing privé et non par devant notaires. » Il cite un arrêt relatif à ce problème rendu par la cinquième Chambre des Enquêtes le 19 novembre 1587 et un autre arrêt rendu à Verdun le 4 mars 1646. Basnage (3) traite la même question dans son *Traité des hypothèques*. Lebrun (4) enfin dit dans son

(1) Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 33.

(2) Louët sur Brodeau, lettre H, somm. 2.

(3) Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. iv.

(4) Lebrun, *Traité des successions*, liv. IV, chap. I, n° 34.

Traité des successions : « Il est certain que la soulte de partage est privilégiée sur le lot qui doit la soulte » ; puis il se demande si « le privilège est sur le total du lot ou seulement sur la même part que le créancier de la soulte a eue avant le partage dans le lot débiteur de la soulte. » Il rapporte sur la question un arrêt de 1664.

Mais pourquoi pousser plus avant cette recherche historique ? Le privilège de copartageant n'a pas pu naître avant que le partage eût un effet déclaratif ; il a la même histoire que l'article 883, avec cette différence qu'il a dû apparaître quelque temps après seulement que l'effet déclaratif fût reconnu à tous les partages.

En effet, tant que le partage fut attributif de propriété, les copartageants étaient les uns vis-à-vis des autres dans la situation de vendeurs et d'acheteurs, ou de coéchangistes ; il ne pouvait être question de leur accorder un privilège spécial, puisque leur situation rentrait dans les cas prévus. Mais quand le partage devint déclaratif — et ce changement se fit lentement entre 1569 et 1595 (1) — il ne fut plus possible d'assimiler les copartageants aux vendeurs, acheteurs ou coéchangistes : chaque cohéritier ne fut plus l'ayant cause des autres cohéritiers, pour la part qui ne lui appartenait pas primitivement dans son lot ; il ne tint plus pour partie ses droits des autres, mais il fut censé avoir toujours été seul propriétaire des biens mis

(1) Arrêts de 1569, 1581 et 1595, dans Louët, lettre H, somm. 44, nos 2 et 3.

dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. C'est alors seulement qu'on sentit le besoin, pour faire respecter l'égalité dans les partages, de créer au profit des copartageants un privilège d'une nature spéciale. Le privilège du copartageant était dès lors conçu ; son principe était posé ; il ne restait plus pour le perfectionner qu'à lui laisser suivre l'évolution de notre droit hypothécaire.

Il convient toutefois de faire remarquer que le privilège n'a pas dû naître subitement ; cette hypothèse serait contraire aux données de l'évolution de notre droit : il y eut un jour, où l'on s'aperçut, qu'à côté des avantages qu'il présentait, l'effet déclaratif entraînait des inconvénients ; on chercha à remédier à ces inconvénients, et le privilège du copartageant fut le remède.

Cette hypothèse se trouve d'ailleurs en concordance avec les textes, et l'évolution du privilège est facile à suivre, tant par le raisonnement que par les faits. Pour pallier les inconvénients de l'effet déclaratif des partages, les notaires, à l'instar du droit romain, insérèrent une clause en garantie dans les partages. Cette clause, nous dit Louët (1), devient à une certaine époque « du style des notaires ». Puis, on le sous-entendit. Ce recours en garantie devait fatalement entraîner une hypothèque sur les immeubles, puisqu'il prenait naissance dans une clause insérée dans les actes notariés ; car il ne faut pas oublier

(1) Louët sur Brodeau, lettre A, somm. 2.

que, dans notre ancien droit, ces actes engendraient hypothèque. Cette sûreté réelle, qui était attachée au recours en garantie dans les partages notariés, accompagna également cette clause dans les partages sous seings privés ; enfin, dans ces derniers, la clause devint aussi de droit, si bien qu'une « hypothèque tacite » était créée au profit des copartageants ; et comme la plupart des hypothèques tacites de notre ancien droit, elle devint un privilège : le privilège du copartageant.

Cependant le privilège de l'article 2103-3°, n'est pas arrivé jusqu'à notre époque sans avoir subi l'influence de la Révolution : soi-disant pour respecter l'extrême logique, on crut bon de le supprimer. « Ces deux idées, d'une part, que l'héritier est censé avoir été toujours propriétaire de la chose échue à son lot, et, d'autre part, que cependant tout héritier peut avoir un privilège sur les immeubles, que le partage a fait passer à son cohéritier ; ces deux idées, disons-nous, paraissent être entre elles d'une évidente contradiction (1). » Au fond, ce raisonnement était logique : on ne voit guère comment une personne peut avoir un privilège sur les biens sur lesquels elle n'a jamais eu de droits (2) : aussi pour sacrifier à la logique, sans voir l'iniquité commise, la loi du 11 brumaire an VII supprimait par son silence le privilège du copartageant.

(1) Paul Pont, I, 199.

(2) Guillouard, II, 496.

On a bien soutenu que si les copartageants n'étaient pas nominativement indiqués par cette loi, ils étaient au moins désignés d'une manière suffisante dans le paragraphe 3 de l'article 4, sous la nomination générale de « précédents propriétaires ». La Cour de Rennes (1) a même décidé que le privilège pour soulte, retour de lots ou prix de licitation, des cohéritiers ou copartageants, n'avait pas été aboli par la loi du 11 brumaire an VII.

C'était là faire une fausse application de la loi : comme l'a fait remarquer Paul Pont (2), les copartageants ne peuvent être compris sous le nom de « précédents propriétaires » ; car le partage, en droit français, est déclaratif et chacun des copartageants est réputé avoir succédé seul et directement aux biens mis dans son lot. C'est aussi ce que la Cour de cassation (3) a reconnu en décidant que, sous l'empire de la loi de brumaire, l'adjudication sur licitation entre cohéritiers majeurs et mineurs, prononcée au profit de l'un d'eux, ne donnait pas lieu au privilège de copartageant, et en ajoutant même que le privilège n'a pas été conféré par la survenance du Code civil, aux copartageants qui avaient licité auparavant.

Ne pourrait-on pas cependant prétendre que la loi de brumaire an VII était plus logique que le système du Code, et, comme telle, devait lui être préférée ? Les auteurs qui font cette constatation sont les premiers à

(1) Rennes, 23 mars 1812, J. G. V° Priv. et hyp., 440.

(2) Paul Pont, I, 199.

(3) Req., 17 novembre 1851, D. 51. 1. 313 ; S. 52. 1. 49.

reconnaître que l'équité passe avant la logique et que, en conséquence, le privilège du copartageant était inattaquable. Thézard (1) donne, au reste, la raison d'être du privilège : puisque le partage aurait pu être attributif au lieu d'être déclaratif, on a pu le subordonner à la condition que les obligations y afférentes seraient accomplies. On a pu, pour maintenir l'égalité — but du partage —, établir tel privilège qu'on a voulu. Du reste, on n'a jamais soulevé la même difficulté pour l'hypothèque légale du légataire, ni pour le privilège de la séparation des patrimoines ; à *fortiori* le privilège du copartageant est juste et possible : il défie donc toute critique fondée sur de prétendus principes. Enfin, certains auteurs (2) n'ont pas hésité à reconnaître que le régime établi par le Code constitue une amélioration sur celui de la loi de l'an VII. Aussi beaucoup de législations étrangères (3) ont adopté un régime semblable au nôtre.

III

Après cet aperçu critique et historique, que nous ne

(1) Thézard, 284.

(2) Grenier, II, 397 ; Troplong, 236.

(3) Belgique, L. 15 décembre 1851, art. 27, 4° ; Italie, C. civ., art. 1969, 2° ; Monaco, C. civ., art. 1940, 3° ; Portugal, C. civ., art. 906, 7° ; Tessin, C. civ., art. 900 ; Zurich, C. civ., art. 335, 2° ; Grèce, L. 11 août 1836, art. 11, 6° ; Bas-Canada, C. civ., art. 2014 ; Haïti, C. civ., art. 1870, 3° ; République Argentine, C. civ., art. 3928-3929.

prolongerons pas plus longtemps à cause des dispositions formelles de notre Code civil, nous avons hâte de traiter notre sujet ; son étude sera ainsi divisée :

Nous chercherons d'abord quels sont les actes qui donnent naissance au privilège ; nous verrons ensuite les créances qui sont garanties par le privilège ; dans une troisième partie, nous étudierons les biens sur lesquels porte le privilège ; puis, nous traiterons de la conservation du privilège ; enfin, la dernière partie sera consacrée à l'étude du rang et du classement du privilège.

PREMIÈRE PARTIE

Les actes qui donnent naissance au privilège du copartageant

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

I

Nous venons de voir que la création d'un privilège au profit des copartageants avait été rendue nécessaire par suite des inconvénients que pouvait présenter l'effet déclaratif des partages ; nous avons dit que le privilège de l'article 2103-3°, n'aurait pas eu sa raison d'être et ne se comprendrait pas, si le partage n'était pas devenu déclaratif de propriété (1). Nous devons en conclure qu'il y a un lien entre, d'une part, l'effet déclaratif du partage et, d'autre part, le privilège du copartageant. *Quand un acte aura l'effet déclaratif de l'article 883, les créances qui en*

(1) V. *suprà*, p. 9 et s.

seront la conséquence seront dotées du privilège de l'article 2103-3° ; de même, quand une créance sera garantie par le privilège du copartageant, c'est que l'acte qui leur aura donné naissance, a eu l'effet déclaratif.

Les conditions requises pour l'application de l'article 883 seront donc en même temps celles qui seront exigées pour l'application de l'article 2103-3°. Or, d'après la jurisprudence, il semble que l'effet déclaratif n'est donné qu'aux actes qui font cesser entièrement l'indivision entre tous les ayants droit. Cette solution résulte, en ce qui concerne les partages proprement dits, implicitement des arrêts rendus par la Cour de cassation (1) sur l'effet déclaratif des licitations et des cessions de droits successifs : « La cession de ses droits successifs, porte l'arrêt du 19 mai 1886 (2), faite par un cohéritier à ses cohéritiers, n'ayant pas pour résultat de faire cesser l'indivision à l'égard de tous, ne constitue pas un partage dans le sens de l'article 883, et ne saurait, en conséquence, avoir l'effet déclaratif qui lui est attribué par la loi. » Parlant de la licitation, l'arrêt du 8 mars 1875 (3) dit : « La licitation est assimilée au partage et ne revêt, comme lui, le caractère déclaratif qu'autant qu'elle a pour effet de faire cesser, à l'égard de toutes les parties colicitantes,

(1) V. cependant les conclusions de M. le conseiller Fabreguettes, faisant fonctions d'avocat général, sous Cass., 12 mars 1900, S. 1900. 1. 369.

(2) S. 87. 1. 113 ; P. 87. 1. 268 ; D. 87. 1. 13.

(3) S. 75. 1. 449 ; P. 75. 1. 268 ; D. 76. 1. 69.

l'indivision de l'héritage qui en est l'objet, par l'adjudication de cet héritage à l'une d'elle seulement ; par conséquent, l'article 883 est sans application. » Dans le même arrêt, nous trouvons encore : « La fiction d'après laquelle chaque propriétaire est censé avoir été propriétaire *ab initio* des objets à lui échus par le partage ne s'applique, d'après les termes mêmes de cet article, qu'aux actes qui y sont énoncés et qui, passés entre tous les héritiers ou autres copropriétaires d'une même chose, ont pour effet de faire cesser l'indivision. »

La même condition, cessation entière de l'indivision, paraît être exigée formellement par une longue suite d'arrêts, pour l'application de l'article 883 aux cessions de droits successifs et aux ventes amiables de parts indivises, d'une part (1), et aux licitations, d'autre part (2). De

(1) Cass., 27 mai 1835, S. 35. 1. 341 ; 13 août 1838, S. 38. 1. 701 ; 28 décembre 1840, S. 41. 1. 204 ; 19 janvier 1841, S. 41. 1. 375 ; 6 mai 1844, S. 44. 1. 375 ; 29 mars 1854, S. 56. 1. 49 ; 18 mai 1858, S. 58. 1. 656 ; 10 novembre 1862, S. 63. 1. 129 ; 19 mai 1886, précité ; 16 février 1887, S. 88. 1. 257 ; Limoges, 29 décembre 1868, S. 69. 2. 145 ; Metz, 20 décembre 1865, D. 66. 2. 10 ; S. 66. 2. 281 ; Grenoble, 20 janvier 1893, D. 93. 2. 127 ; S. 93. 2. 265.

(2) Cass., 26 avril 1816, D. A. 8. 693 ; 18 janvier 1827, D. 27. 1. 118 ; 27 mai 1835, S. 35. 1. 341 ; D. 35. 1. 286 ; J. N. 3036 ; 13 août 1838, S. 38. 1. 701 ; D. 38. 1. 354 ; 15 décembre 1832, D. 33. 1. 304 ; 19 janvier 1841, S. 41. 1. 375 ; 29 mars 1854, S. 56. 1. 49 ; 8 mars 1875, S. 75. 1. 449 ; D. 76. 1. 69 ; Poitiers, 10 juillet 1889, D. 90. 2. 183 ; Alger, 10 avril 1894, D. 94. 2. 462 ; Riom, 29 décembre 1898, S. 1902. 2. 169, note Wahl ; *Contrà*, Paris, 23 avril 1837, P. 37. 1. 526 ; Bordeaux, 24 décembre 1890, D. 90. 2. 182 ; S. 91. 2. 210 ; Besançon, 23 décembre 1891, D. 92. 2. 289 ; S. 92. 2. 258 ; Cass., 21 mai 1895,

plus, pour celle-ci, quelques arrêts semblent exiger que l'acte qui a commencé la séparation des parts en diminuant le nombre des coindivisaires soit l'œuvre de tous les intéressés (1).

Les auteurs ont émis de nombreuses théories sur cette question : les uns (2) acceptent la solution de la jurisprudence et veulent, en conséquence, que l'acte ait complètement fait cesser l'indivision, pour lui accorder l'effet déclaratif de l'article 883 ; les autres (3) exigent seulement que l'acte soit passé entre tous les cohéritiers et que

D. 96. 1. 9 ; Cass., 26 juin 1893, S. 96, 1. 481 ; Nancy, 7 juillet 1896, D. 97. 2. 283 ; S. 97. 2. 123. On a prétendu souvent que cette jurisprudence était confuse et même contradictoire ; nous verrons, en étudiant l'hypothèse de l'allotissement d'un seul indivisaire, que toutes les décisions sont peut-être conciliables, et que la Cour de cassation ne s'est pas départie de son système en donnant, dans cette hypothèse, l'effet déclaratif, quoiqu'il n'y ait que partage partiel.

(1) Cass., 8 mars 1875, précité ; Bourges, 28 novembre 1898, S. 1901. 2. 249 (note anonyme).

(2) Mercadé, art. 883, n° 4, art. 1686, n° 2 ; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 883, obs. 1 ; Devilleneuve, III, n° 225 bis, II ; Duranton, VII, n° 522 bis ; Aubry et Rau, p. 447, § 209, n. 47 ; p. 585, § 221, n. 26, VI ; p. 537, § 625, n. 2 ; p. 538, n. 4, p. 539, n. 11 et 12 ; Dutruc, 38 ; Demolombe, XVII, n. 284 ; Hue, V, n. 446 ; Fuzier-Hermann, art. 883, n. 108 s., 131 s., 144 s., 175 s.

(3) Laurent, X. 418, 422, 423, 424 et 430 ; Demante, note S. 87. 1. 413 ; *Rev. crit.*, XXI, 1892, p. 198 ; Bertauld, *Rev. crit.*, XXIV, 1864, p. 391 ; Planiol, note D. 92. 2. 289 et *Rev. crit.*, XXI, 1892, p. 519 ; Vigie, n. 376 ; Mourlon, *Tr. de la transcription*, n. 179 et *Rev. pr.*, VIII, 1859, p. 211 ; Berger, *Tr. de la transcription*, 1875, § 23 ; Wahl, note S. 91. 1. 416 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n° 3313 ; Planiol, III, 2394.

l'indivision cesse à l'égard de quelques-uns ; M. Labbé (1) enfin considère que l'effet déclaratif, définitif en cas de cessation complète de l'indivision, serait, dans l'hypothèse où quelques-uns seulement perdraient leurs droits de copropriété, laissé en suspens et abandonné aux résultats de la cessation de l'indivision ; si finalement l'un des copartageants devenait propriétaire unique, l'acte antérieur produirait l'effet déclaratif ; il en serait autrement, d'après cet auteur, si l'indivision se dénouait par l'attribution des biens indivis à toute autre personne qu'à un communiste.

Nous n'entrerons pas dans la critique de ces diverses théories ; — celle-ci nous entraînerait dans une étude trop longue et sortirait de notre cadre — ; nous considérerons la théorie de la jurisprudence comme la véritable interprétation de l'article 883, et, en cela nous serons d'accord avec la pratique, suivie dans les affaires.

La cessation complète de l'indivision, requise pour que l'effet déclaratif ait lieu, le sera donc pour l'application de l'article 2103-3°. Pour qu'un acte donne lieu au privilège du copartageant, il sera nécessaire qu'il mette un terme définitif à l'indivision.

Cette solution, dérivant des prémisses que nous avons posées, n'a jamais été soumise aux tribunaux ; mais elle paraît admise comme un axiome, et, avec la jurisprudence (2), les auteurs déclarent que la cessation de

(1) Labbé, noté S. 75. 1. 449 et S. 80. 2. 145.

(2) Cass., 4 mars 1891, S. 94. 1. 411 ; P. 94. 1. 411 ; Grenoble

l'indivision fait naître l'effet déclaratif et entraîne le privilège. Les auteurs paraissent admettre que si l'article 883 ne s'applique pas, l'article 2403-3° ne peut non plus s'appliquer (1).

Cependant M. Wahl (2) a émis une opinion différente : d'après lui, le privilège pourrait être la conséquence d'un acte, qui ne fait pas cesser entièrement l'indivision, d'un acte qui n'avait pas, en conséquence, l'effet déclaratif ; il y aurait dès lors privilège sans effet déclaratif.

M. Wahl se fonde, pour démontrer sa théorie, sur l'article 884 : celui-ci a été fait pour maintenir l'égalité dans les partages ; or que l'indivision ait totalement cessé ou non, il est juste que les attributions faites soient respectées ; si les attributions sont faites à chaque branche, pourquoi dans ce cas ne pas maintenir l'égalité ? « Au surplus, ajoute-t-il, la garantie en matière de partage a été instituée par le droit romain (3), qui, on le sait, ne connaissait pas l'effet déclaratif du partage. » Que l'on n'objecte pas, enfin, que le législateur ait subordonné l'application de l'article 884 à l'effet déclaratif, en le plaçant immédiatement après l'article 883, car il paraît

17 avril 1894, S. 95. 2. 79 ; Comp. Paris, 4 février 1892, S. 93. 2. 89 ; Cass., 23 mars 1903, S. 1905. 1. 129 et la note de M. Wahl et Cass., 19 octobre 1903 ; S. 905. 1. 457 et la note de M. Wahl.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 608.

(2) Notes sous Cass., 26 juin 1895, S. 96. 1. 481 et sous Cass., 19 octobre 1903, S. 05. 1. 457.

(3) L. 14, Code Famil. erciscund., liv. III, tit. 36.

admis (1) que l'action en rescision peut s'exercer si l'indivision n'a pas cessé : or l'article 888 est aussi placé après l'article 883. De tout ceci, M. Wahl tire cette conclusion ; « Il suffit d'avoir démontré que la garantie du partage existe, alors même que l'indivision ne cesse pas, pour pouvoir en conclure qu'il en est de même en ce qui concerne le privilège du copartageant. »

Sans vouloir nous fonder sur la place qu'occupe l'article 884, ni critiquer l'argument tiré de l'application de l'article 888, — au reste M. Wahl n'est pas très affirmatif : « il paraît admis », dit-il, — nous ne pouvons admettre que le privilège du copartageant puisse naître d'un acte, qui ne soit pas un véritable partage : par des attributions faites à chaque branche, les copartageants ne font que subdiviser une indivision en autant d'indivisions qu'il y a de branches ; il n'y a là qu'une apparence de partage : le véritable partage est celui qui est doté de tous les effets y attachés par la loi ; or l'effet déclaratif figure au premier rang de ces effets.

De plus l'histoire de la création de notre privilège s'oppose à ce que l'article 2103-3°, soit séparé de l'article 883 ; créé pour remédier aux inconvénients de l'effet déclaratif, le privilège ne se comprend plus si l'acte, qui y donne naissance, n'est pas pourvu de cet effet.

Enfin l'argument tiré du droit romain n'est pas décisif ;

(1) Alger, 4 avril 1877, S. 79. 2. 216 ; Aubry et Rau, VI, p. 579, § 626, texte et note 14 ; Thiry, II, 260 ; Huc, VI, 450 ; Baudry et Wahl, III, 4550 bis.

il est tout naturel que la garantie en matière de partage, se soit ressentie de la modification qui se produisit sur le caractère même du partage : autrefois c'était l' « attribution » de propriété qui était garantie, aujourd'hui c'est la « déclaration » de propriété qui l'est ; aussi pour qu'il y ait lieu à cette garantie, faut-il qu'il y ait effet déclaratif. Au reste c'est pour éviter toute équivoque, que les auteurs du Code ont inséré l'article 884 ; s'il s'agissait dans les partages d'une garantie ordinaire, subordonnée à aucune condition, l'article 1625, qui crée la garantie d'éviction dans tous les actes à titre onéreux, aurait été suffisant ; la présence de l'article 884 démontre donc bien que la garantie en matière de partage est une garantie spéciale, liée à un effet particulier que produit le partage, à l'effet déclaratif de l'article 883.

II

Nous avons essayé de démontrer qu'il n'y avait pas et qu'il ne pouvait pas y avoir privilège sans effet déclaratif, et qu'en raison de ce lien entre le privilège et l'effet déclaratif, le privilège, comme ce dernier, naissait des actes qui font cesser l'indivision.

Avant que l'indivision ait pris fin, il n'y a pas de privilège possible. C'est ainsi que la Cour d'Agen (1)

(1) Agen, 6 août 1832, S. 52. 2. 428 ; D. 53. 2. 28.

décida que les cohéritiers n'ont pas de privilège sur les biens encore indivis de la succession pour la garantie de leurs droits héréditaires : l'article 2103-3° n'autorise d'abord pas un privilège de ce genre ; de plus les droits héréditaires ne sont pas des droits de créance, mais des droits de propriété. La part de succession qui revient à chaque héritier ne lui est pas garantie par un privilège, mais par le droit de demander le partage (art. 815) et de suivre les objets, qui lui auront été attribués dans la suite par ce partage, dans quelques mains qu'ils se trouvent.

La créance née après la cessation d'indivision ne peut donner non plus lieu au privilège du copartageant. Voici le cas le plus fréquent : Un héritier qui doit à la succession un rapport égalant ou excédant sa part héréditaire, — qui en conséquence se trouve avoir été rempli de ses droits sans avoir à participer à un partage, — se rend acquéreur d'un immeuble héréditaire, la cohéritière venderesse n'aura pas le privilège des articles 2103-3° et 2109 pour garantir le paiement du prix de vente de cet immeuble. La créance due à la succession ne résulte pas d'un partage ni d'un acte équivalent à partage ; elle ne constitue qu'une créance de prix de vente garantie par le privilège du vendeur. Cet acte n'est pas une licitation pourvue de l'effet déclaratif et donnant naissance au privilège du copartageant, puisque le cohéritier acquéreur n'avait plus aucun droit dans l'indivision (1).

(1) Guillouard, II, 504, I; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 604, II; Cass., 29 mars 1893, D. 93. I. 168.

Il nous reste donc à passer en revue les divers actes qui entraînent cessation d'indivision, pour connaître ceux qui donnent naissance au privilège du copartageant.

Une indivision peut cesser de deux façons différentes, soit par la division de la chose commune entre tous les copartageants, soit par la disparition de tous les copropriétaires sauf un. Quatre actes amenèrent ce résultat, en employant l'une ou l'autre de ces deux voies :

1° Le partage, c'est-à-dire la répartition des biens indivis, entre tous les coindivisaires, conformément à leurs droits respectifs ;

2° Le lotissement, c'est-à-dire l'attribution faite par tous les copropriétaires, à l'un d'eux, d'une certaine quantité de biens pour le remplir de ses droits dans l'indivision, alors que les autres copropriétaires restent entre eux dans l'indivision : c'est, somme toute, une sorte de partage partiel que nous étudierons dans un chapitre spécial à cause des difficultés qu'il a fait naître ;

3° La licitation qui, d'après son sens originaire, est la vente aux enchères d'un bien indivis ;

4° La cession de droits successifs, convention par laquelle une personne ayant des droits dans une indivision, cède à une autre tous ses droits, à la condition que le cessionnaire acquittera à sa place toutes les charges dont elle est tenue en qualité de coindivisaire. L'hypothèse la plus fréquente de cession de droit indivis est la cession de droits successifs.

III

Préalablement à l'étude de ces différents actes, nous devons faire encore observer que la naissance du privilège de copartageant est subordonnée dans tous les cas à la présence dans la masse des biens indivis de biens immobiliers. Comme nous le dirons plus loin (1), le privilège de l'article 2103-3°, rentre dans la classe des « privilèges spéciaux sur les immeubles ». Il importe peu que l'indivision porte à la fois sur des meubles et des immeubles ou des immeubles seulement ; mais dans tous les cas le privilège ne s'exercera que sur les immeubles compris dans l'indivision (2).

(1) V. aussi *suprà*, p. 7.

(2) Une application intéressante de cette considération a été faite par la Cour de cassation, le 5 juillet 1880 (D. 80. 1. 321, S. 81. 1. 105) : il était procédé à la licitation d'une pépinière, dépendant d'une indivision, séparément du sol sur lequel elle était établie ; du jour de l'adjudication, les arbres, plantes et arbustes de cette pépinière ont cessé d'être immeubles ; ils ne pouvaient plus dès lors être frappés par le privilège du copartageant, « attendu, dit l'arrêt de la Cour, que le privilège du copartageant, qui a pris naissance au jour de l'adjudication, n'a pu les frapper lorsqu'à ce moment ils cessaient d'être immeubles par le fait des cohéritiers eux-mêmes. »

CHAPITRE PREMIER

LE PARTAGE

La simple division de propriété que constitue le partage, semblerait devoir se faire sans créer entre les parties des rapports d'obligations. Néanmoins le partage est une source d'obligations diverses et, pour en assurer l'exécution, la loi donne un privilège à celui des copartageants qui est devenu créancier des autres.

§ 1^{er}. — DE LA CAUSE DE L'INDIVISION

Ces obligations naissent de tous les partages quelle que soit la cause de l'indivision ; aussi celle-ci n'influe nullement sur la naissance du privilège. L'article 2103-3° pourrait faire croire que le privilège n'est accordé que pour les partages de successions ; car il emploie seulement le mot « cohéritiers », dont le sens est moins général que celui de copartageant. Mais l'article 2109 vient lever le doute qui pourrait naître de cette terminologie ; il dit : « Le cohéritier ou le copartageant. » Qu'il y ait donc partage de société,

de succession, de communauté, d'un achat en commun ou de toute indivision quelconque, le privilège naîtra dès que l'acte aura mis fin à l'indivision.

Du reste les articles 1476 et 1872, l'un pour le partage de communauté et l'autre pour le partage de société, renvoient pour tout ce qui concerne les formes du partage à intervenir, à « toutes les règles qui sont établies au titre des successions pour les partages entre cohéritiers » (art. 1476). Il est vrai que l'article 2103-3° n'est pas compris dans le titre I^{er} du livre III du Code civil, mais il en dérive certainement ; la loi de l'égalité qui régit toute la matière des partages, a le privilège du copartageant pour corollaire. « Le privilège, dit Paul Pont (1), est une des règles qui, pour n'être pas établie précisément au titre des successions, n'en dérive pas moins du principe posé dans ce titre. » Au surplus, l'article 1476 vise « les effets du partage, la garantie qui en résulte et les soultes. » N'est-ce pas là indiquer que le renvoi aux articles 883 et suivants implique le renvoi à l'article 2103-3°, article qui sert de palliatif à l'effet déclaratif et crée une sûreté réelle en cas de recours en garantie ou de retours de lots ? Si en cas de partage de communauté les règles à suivre pour l'établissement des soultes sont les mêmes que dans le partage de succession, pourquoi ces soultes seraient-elles garanties par un privilège dans un cas et non dans l'autre ? Cette théorie n'est pas, comme on l'a prétendu (2), une extension

(1) Paul Pont, I, 260.

(2) *Pand.*, V° Privilèges et hypothèques, n° 2396.

donnée à la loi, mais une interprétation exacte et équitable faite de ses termes.

Les auteurs (1) acceptent cette solution et la jurisprudence (2) l'a consacrée par de nombreuses décisions. Il aurait été cependant préférable que notre Code s'explique plus clairement, comme l'on fait des codes étrangers et la loi belge du 16 décembre 1851 (art. 27). Ainsi le Code japonais (3) dit, dans une formule excellente : « Les cohéritiers, associés ou autres copropriétaires ont privilège respectivement sur les immeubles obtenus par chacun d'eux dans le partage (4). »

§ 2. — DE LA FORME DU PARTAGE

Il importe peu aussi que le partage soit judiciaire ou

(1) Persil, sur article 2103, § 3, II; Grenier, II, 407; Troplong, I, 238; Pont, I, 200; Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., note 18, p. 170, 5^e éd., note 18 *ter*, p. 287; Colmet de Santerre, IX, 55 *bis*, I; Thézard, 285; Théry, IV, 424; Guillouard, II, 499; Planiol, II, 2906; Beudant, II, p. 10, note 1; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 605.

(2) Req., 25 mars 1854 (solut. implicite), D. 54. 1. 331, S. 56. 1. 49; Req., 1^{er} mai 1860, D. 60. 1. 510, S. 61. 1. 267; Limoges, 22 novembre 1862, D. 63. 2. 15, S. 63. 2. 83; Rouen, 6 mai 1870. Rec. arr. Caen et Rouen, 71. 2. 40; Toulouse, 20 mai 1881, J. G., supp. V^o Priv. et hyp., 379, S. 83. 2. 81.

(3) Art. 170 du livre de la garantie des créances.

(4) Nous faisons remarquer que l'hypothèse du partage de succession étant de beaucoup la plus fréquente, il nous arrivera quelquefois d'employer indistinctement les termes « copartageants » et « cohéritiers » sans que nous entendions restreindre le privilège au partage de succession.

amiable, qu'il soit fait par acte sous seings privés ou par acte authentique : la loi ne fait aucune distinction ; c'est ce que les auteurs (1) reconnaissent d'une façon unanime et la simplicité de cette solution n'a donné lieu, croyons-nous, à aucun document de jurisprudence.

§ 3. — DE L'ÉPOQUE DU PARTAGE. — PARTAGE D'ASCENDANTS

Il importe peu encore que le partage soit fait après décès ou qu'il soit un partage d'ascendant et, qu'en tant que partage d'ascendant, il soit entre vifs ou testamentaire. La solution paraît admise par tous les jurisconsultes (2) bien que, comme le fait remarquer Planiol (3), « les parts soient faites par l'ascendant et que les enfants aient, en réalité, le caractère de copartagés plutôt que de copartageants. » Au reste le partage d'ascendants est un moyen d'éviter une indivision qui naîtrait forcément, avec ses conséquences, un jour ou l'autre. Le résultat ainsi

(1) Persil, sur article 2109, I ; Grenier, II, 402 ; Troplong, I, 192 ; Guillouard, II, 500, III, 1295 ; Aubry et Rau, § 263, note 18 bis, III, 5^e éd., p. 287 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 605.

(2) Persil, sur article 2103, § 2, IV ; Grenier, II, 407 et des donat., I, 403 ; Troplong, I, 315 ; Pont, I, 206 ; Martou, II, 576 ; Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 171, 5^e éd., p. 289 ; Planiol, II, 2906 ; Huc, XVIII, 116 ; Laurent, XV, 83, XXX, 28 ; Genty, part. d'asc., p. 203 ; Régnier, part. d'asc., p. 70 ; Demolombe, II, 501 ; Guillouard, II, 501 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, II, 3644. 3651 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 606 ; Lepinois, III, 1065.

(3) Planiol, II, 2906.

obtenu est donc tout à fait assimilable à celui qui est la conséquence d'un partage ordinaire; même quoique certains ascendants aient eu en vue d'avantager certains de leurs descendants par un partage anticipé, c'est toujours le résultat qu'il faut considérer, et rien ne s'oppose à ce que le privilège ait lieu dans cette hypothèse.

Si tous les auteurs sont d'accord sur ce point, ils le sont beaucoup moins lorsqu'il s'agit de déterminer à quel moment prend naissance le privilège du copartageant en cas de partage entre vifs; car aucune difficulté ne se présente pour le partage testamentaire.

Sans entreprendre d'exposer les différents systèmes qui ont été développés sur le caractère juridique du partage d'ascendant, nous dirons que dans les rapports des descendants entre eux, cet acte produit, d'après l'avis prédominant, pendant la vie même de l'ascendant, les effets ordinaires du partage. En conséquence les enfants devront se garantir réciproquement des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage et de l'insolvabilité des débiteurs de rentes ou créances qui sont entrées dans la composition de leur lot; ils pourront demander le paiement des soultes qui auront été imposées par le donateur; et ces deux actions seront garanties par le privilège de l'article 2103-3° (1). La jurisprudence (2) est en ce sens ainsi que la plupart des auteurs (3).

(1) Le privilège inscrit avant la mort de l'ascendant primera les créanciers hypothécaires même antérieurs à cette date: ce qui a pour avantage d'empêcher le privilège de beaucoup de copartagés

§ 4. — DE LA QUALIFICATION DE L'ACTE DE PARTAGE

La qualification donnée à un acte de partage en change-t-elle la nature? Si les parties ont dénommé vente l'acte par lequel l'un des deux copropriétaires transmet à l'autre ses droits indivis dans l'immeuble commun, cet acte, malgré la fausse appellation qui lui est attribuée, sera-t-il quand même un véritable partage et comme tel engendrera-t-il le privilège du copartageant?

Pour solutionner ce problème, devons-nous encore nous servir de l'idée que nous avons mise ci-dessus en relief, à savoir le lien qui enchaîne l'effet déclaratif et le privilège.

d'être compromis par leurs copartagés, qui chercheraient à l'annihiler en hypothéquant ou en aliénant les biens, qui leur seraient attribués et dont les hypothèques légales ou judiciaires pourraient même absorber les biens entrés dans leur lot. M. Genty pour conserver cet avantage, n'avait pas osé pousser jusqu'au bout son système et reconnaissait que l'inscription du privilège rétroagissait à l'égard des tiers au jour du partage. M. Lyon-Caen ne l'a pas suivi dans cette hésitation et a accepté franchement les inconvénients de sa théorie, en ne donnant ni privilège ni recours en garantie, tant que la succession de l'ascendant n'est pas ouverte.

(2) Cass., 4 juin 1849, S. 49. 1. 487, D. 49. 1. 307; Montpellier, 19 février 1852, S. 55. 2. 669, P. 55, II, 173; Comp. Grenoble, 8 janvier 1851; Journ. arr. de Grenoble, t. XIV, p. 57, S. 51. 2. 305, D. 51. 2. 188; Besançon, 8 juin 1857, D. 58. 2. 66, S. 57. 2. 688; Cass., 7 août 1860, D. 60. 1. 499, S. 61. 1. 977.

(3) V. note 2, p. 32 et aussi Planiol, III, 3376; Bonnet, II, n. 482 et 485; *Contrà*, Genty, p. 247; Saintespès-Lescot, Part. d'asc., XV, n° 1858; Lyon-Caen, part. d'asc., thèse, p. 233.

Si les parties peuvent, soit par une manifestation expresse de leur volonté, soit d'une façon déguisée par une qualification erronée, soit enfin par le but qu'elles poursuivent, écarter l'effet déclaratif du partage, auront-elles du même coup supprimé par l'un de ces trois moyens le privilège de l'article 2103-3°? En un mot si l'effet déclaratif est d'ordre public, le privilège l'est-il aussi nécessairement?

1° *Manifestation expresse de volonté.* — D'après l'opinion générale des auteurs (1), notre droit ne permet pas aux parties d'enlever au partage l'effet déclaratif que la loi y a attaché. On pourrait être tenté, comme beaucoup de jurisconsultes l'ont fait, de justifier cette solution en disant que l'action en rescision pour cause de lésion ne peut faire l'objet d'une renonciation; par analogie, on doit en conclure qu'il est impossible de renoncer à l'effet déclaratif; « mais cette analogie, dit M. Wahl (2), n'existe pas; le motif d'ordre public qui commande cette solution est que l'action en rescision pour cause de lésion repose sur la crainte d'un abus de confiance et que la renonciation serait entachée du même vice. »

Le véritable motif pour déclarer d'ordre public l'effet déclaratif, c'est que celui-ci n'est pas créé en faveur des copartageants, mais en faveur de leurs ayants-cause. Le conjoint du copartageant attributaire se servira de l'effet

(1) Demolombe, *SS^{on}*, V, 282; Aubry et Rau, VI, p. 559, 625, note 10; Laurent, IX, n. 429.

(2) Wahl, S. 93. 2. 265.

déclaratif pour fixer le caractère mobilier ou immobilier des biens échus à son conjoint (1). Les hypothèques constituées pendant l'indivision par l'un des coindivisaires se trouveront consolidés par l'effet de l'article 883, si le bien hypothéqué tombe au lot des copropriétaires qui les a consenties, et disparaîtront, si, dans le cas contraire, ce bien est attribué à un autre copartageant (2). La même solution s'imposera aux cas d'aliénation ou de constitution de droits réels (3). Enfin ce sera l'effet déclaratif qui servira à asseoir les droits d'enregistrement en cas de partage de succession : le droit de transcription n'étant dû qu'en cas d'aliénation, non en cas de partage (4). Les copartageants ne peuvent donc supprimer par un effet de leur volonté l'effet déclaratif de l'article 883 qui n'existe pas dans leur seul intérêt.

On serait dès lors tenté de conclure que les copartageants ne peuvent pas davantage écarter le privilège de l'article 2133-3° ; mais il est bon de ne pas confondre sur ce point la théorie de l'effet déclaratif avec celle du privilège du copartageant : car c'est d'une façon absolue que l'effet

(1) Caen, 18 août 1880, S. 81. 2. 113. V. rep. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 30 mars 1886, S. 88. 4. 3 et la note de M. Willey sous Caen, 18 août 1880, précité.

(2) Paris, 26 janvier 1824, sous Cass., 26 décembre 1826, P. chr. ; Aubry et Rau, VI, p. 563, § 625, note 23 ; Laurent, 404 ; Demolombe, V, 304 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, 4^e éd., II, 237.

(3) Laurent, X, 407 ; Demolombe, V, 322.

(4) Cass., 19 juillet 1887, S. 38. 1. 387, la note et le renvoi.

déclaratif de l'article 883 est d'ordre public, tandis que le privilège du copartageant ne l'est que d'une façon relative.

On pourrait soutenir que le privilège de l'article 2403-3° est aussi établi dans l'intérêt des tiers, aussi bien que dans l'intérêt des parties, et que, par conséquent, celles-ci qui n'ont pas la faculté de disposer des droits des tiers, ne peuvent supprimer le privilège. Cette solution paraît inexacte : tout privilège est attaché à une créance et le créancier peut y renoncer comme il peut renoncer à la créance elle-même. En ce qui concerne le privilège du copartageant, il y a même un texte ; notre privilège protège la créance en garantie ; or l'article 884 déclare que « la garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ». Si le copartageant peut renoncer à la garantie, il peut donc aussi renoncer au privilège. C'est d'ailleurs, ajoute M. Wahl (1), ce que reconnaît implicitement l'article 2443, d'après lequel tout privilège immobilier, inscrit après le terme fixé par la loi, ne vaut comme privilège, mais seulement comme hypothèque ; il y a eu alors renonciation implicite au privilège. »

Mais si le copartageant n'a pas renoncé à faire valoir les garanties que la loi lui accorde et prend une inscription de privilège, ce sera l'inscription du privilège de l'ar-

(1) Note sous Cass., 19 octobre 1903, S. 05. 1. 457

ticle 2103-3° qu'il devra requérir et non celle du privilège de l'article 2103-2° ou de tout autre article.

Le privilège n'est donc pas d'ordre public en ce sens qu'on ne peut y renoncer, mais il l'est d'une façon relative en ce sens qu'on ne peut convenir qu'il sera remplacé par un autre privilège : la volonté des parties ne peut influencer sur le point de savoir si le privilège, garantissant les obligations des parties, est le privilège du copartageant ou le privilège du vendeur : « Si les parties peuvent renoncer à leur privilège, elles ne peuvent le remplacer par un autre, si ce dernier par un côté quelconque est plus préjudiciable aux tiers ou peut être même également s'il leur est moins défavorable ; les parties créeraient ainsi un privilège que la loi ne leur accorde pas ; or les privilèges sont essentiellement des garanties légales (1).

2° *Qualification erronée de l'acte de partage.* — Si les copartageants ne peuvent pas écarter l'effet déclaratif du partage et inscrire un autre privilège que celui du copartageant, peuvent-ils, par une convention expresse, tourner ce principe, par un changement de qualification de l'acte ? Admettre l'affirmative paraît un non sens : car ce changement de dénomination n'est autre chose qu'une manifestation déguisée de la volonté des parties ; si cette manifestation ne peut se produire ostensiblement, elle ne pourra à *fortiori* se faire d'une façon détournée : c'est ce que

(1) Note de M. Wahl précitée, S. 05. 1. 457.

notre ancien droit avait admis, en dispensant des droits de lods et ventes une licitation qualifiée de vente (1); c'est encore ce que les auteurs modernes admettent (2). Cependant la jurisprudence (3) n'a pas adopté une doctrine très nette sur cette question.

Par un arrêt du 18 juin 1845 (4), la Cour de cassation reconnaissait à une cession de droits successifs, qualifiée de vente, les effets de la vente et déclarait que le prix en était garanti par le privilège du vendeur (5). Le 19 novembre suivant (6), elle assujettissait une licitation, faussement appelée vente, aux droits de vente; il est bon cependant de faire remarquer, avec M. Wahl (7), que la Cour ajoutait dans cet arrêt « que l'indivision avait néanmoins continué

(1) Pocquet de Livonnière, *Tr. des fiefs*, liv. III, ch. vi, sect. 6, p. 231 et S.; d'Argentré, *De laudiniis*, cap. 1^{er}, § 53; Fommaur, *Tr. des lods et ventes*, 310 et les arrêts y cités; V. les arrêts cités en note dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3390; Cep. V. Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 13, *hodie* 20, gl. 6, n° 41 et § 22, *hodie* 33, gl. 1, n° 71; Maynard, *Arrêts*, liv. IV, ch. L, n. 1.

(2) Dutruc, 39; Demolombe, V, 282; Aubry et Rau, VI, p. 559, § 625, texte et note 10; Laurent, X, 422 et 429.

(3) Nous trouvons sur cette question des arrêts relatifs non pas seulement à l'effet déclaratif, mais aussi au privilège.

(4) S. 45. 1, 808.

(5) Attendu.... que l'arrêt attaqué en décidant que la vente du dit hôtel n'avait pas été faite aux quatre cohéritiers du demandeur en Cassation à titre de licitation emportant partage, mais avait été pour eux qu'une vente ordinaire, n'a fait que d'apprécier sainement l'intention des parties intéressées, les faits de la cause et n'a aucunement violé l'article 883 Code civil, ni les principes sur la matière.

(6) S. 45. 1. 810.

(7) Note précitée.

d'exister sur tous les autres biens dépendant de la succession des père et mère communs. » En 1857 (1) une cession de droits successifs était déclarée soumise au droit de transcription, parce que dans celle-ci, il avait été fait « réserve expresse au profit des vendeurs, tant du privilège attaché à leur qualité de vendeur que de l'action résolutoire ; ces stipulations, dit la Cour, indiquent que les parties ont entendu faire une vente. » S'inspirant de ces arrêts, la Cour d'Orange a rendu une décision dans le même sens le 30 décembre 1885 (2). On pourrait peut-être expliquer ces arrêts, et notamment celui du 10 juin 1845, en disant que la jurisprudence a « voulu simplement donner aux créanciers le droit d'accepter la qualification donnée à l'acte par les parties sans permettre à celles-ci de leur imposer les effets de cette qualification (3). » Mais ce n'est là qu'une explication hypothétique.

Par contre, le 29 mars 1854 (4), la Cour de cassation reconnaissait qu'un acte qualifié « vente de parts indivises » avait « les effets d'un partage », puisque cet acte « consenti par l'un des copropriétaires d'un immeuble au profit de l'autre, avait fait cesser complètement l'indivision entre eux. » La Cour de Grenoble a été particulièrement formelle dans son arrêt du 20 janvier 1893 (5) :

(1) Req., 29 juillet 1857, S. 58. 1. 313.

(2) S. 86. 2. 144 ; V. aussi Cass., 6 avril 1886, S. 87. 1. 149.

(3) Note précitée de M. Wahl, S. 05. 1. 457.

(4) S. 56. 1. 49 ; V. Cass., 6 janvier 1846, S. 46. 1. 120, solution implicite.

(5) S. 93. 2. 265, note de M. Wahl.

« Tout acte, dit-elle, qui a pour but et pour effet de faire complètement cesser l'indivision entre cohéritiers ou communistes, a nécessairement le caractère d'un partage, quelque dénomination que lui aient donnée les parties. » Et elle ajoute qu'il importe peu que la licitation ait été pratiquée à l'amiable ou qu'elle ait été qualifiée de « vente licitation », ou encore que certaines expressions employées dans l'acte « puissent tout aussi bien s'appliquer à une vente qu'à une licitation proprement dite. » Elle en conclut que l'acte donne lieu au privilège du copartageant et non au privilège du vendeur. Il serait à désirer que cet arrêt soit le point de départ d'une jurisprudence stable et précise sur ce point, qui serait alors nettement conforme à l'opinion de la doctrine, la seule admissible selon nous.

3° *But poursuivi.* — Reste enfin à savoir si le but poursuivi pourra empêcher la naissance de l'effet déclaratif et du privilège : cette question est connexe aux deux précédentes : les parties peuvent-elles écarter les articles 883 et 2103-3°, en voulant faire autre chose qu'un partage ? Il serait possible de le soutenir : qu'une licitation ait pour but de payer les dettes héréditaires ou de procurer des ressources aux copartageants, elle sera privée de l'effet déclaratif, parce que l'indivision n'a cessé que par accident. A juste raison, la Cour de cassation n'a pas voulu entrer dans cette voie et pour ne citer qu'un exemple elle a attribué l'effet déclaratif à une cession de droits successifs,

faite aux risques et périls du cessionnaire, cession faisant à vrai dire cesser l'indivision, mais n'ayant en vue qu'une spéculation (1). Si l'effet déclaratif est reconnu à un pareil acte, c'est donc le privilège du copartageant et non celui du vendeur qui devra être inscrit.

Pour nous résumer, nous pouvons dire avec Demolombe : « S'il est vrai, que les conventions dérivent de la volonté des parties, il faut ajouter aussi que chaque espèce de convention a son caractère propre et essentiel, qu'il n'appartiendra pas aux parties de méconnaître et de détruire ; or, le caractère propre et essentiel du partage, c'est de faire cesser d'une manière complète l'indivision entre les cohéritiers. Donc, lorsque les cohéritiers font un acte qui a un tel effet, ils font nécessairement un partage et il ne dépend pas d'eux d'enlever à cet acte, le caractère essentiel qui lui appartient. (2) » Nous pourrions mettre le pluriel et dire « les caractères essentiels » pour y comprendre l'effet déclaratif et le privilège du copartageant.

§ 5. — DU CARACTÈRE ONÉREUX DU PARTAGE

Le privilège du copartageant ne prendra pas naissance, si l'acte qui fait cesser l'indivision contient une donation et non un partage. « Le partage, dit un arrêt de la Cour

(1) Cass., S. 91. 1. 417, note de M. Wahl.

(2) Demolombe, V, 282.

d'Agen du 3 juin 1890 (1), ayant pour objet de déterminer la part de chacun des copartageants dans la chose indivise, si l'acte qui fait cesser l'indivision est à titre onéreux et qu'il attribue à l'un la part qui revient à l'autre, ce dernier reçoit au moyen du prix payé, l'équivalent de ce qui lui revenait en nature ; tandis que l'indivision cessant au moyen d'un acte à titre gratuit, le cohéritier ou le communiste bénéficiaire de cet acte, devient propriétaire de la part à laquelle il n'avait pas droit, sans équivalent pour celui qui l'a donnée : d'où la conséquence que ce dernier ne recevaient rien, il n'y a ni partage, ni acte qui puisse être assimilé au partage, mais simplement un acte translatif de propriété, laissant subsister toutes les charges, dont la propriété est grevée et auquel la fiction de l'article 883 ne peut être étendue. » Il est bien évident que l'effet déclaratif ne se produisant pas (2), le privilège de l'article 2103-3° ne pourra pas prendre naissance.

(1) *Pond.*, 90. 2. 192.

(2) Cass., 5 mai 1841, S. 41. 1. 434 ; Aubry et Rau, VI, p. 558, § 625, note 3 ; Laurent, X, 416 ; Thiry, II, 253 ; Demolombe, V, 283 ; Dutruc, 45 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3314 ; Championnière et Rigaud, *Des dr. d'enregt.*, III, 2723 ; Mourlon, *Rev. prat.*, VIII, p. 126, année 1859 ; Fuzier-Hermann, C. civ. ann. sur art. 883 ; Guillouard, II, 503 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 604 et II, 188.

CHAPITRE II

LE LOTISSEMENT D'UN COPARTAGEANT

Le lotissement d'un copartageant, qui n'est, avons-nous dit (1), qu'une sorte de partage partiel, peut-il donner lieu au privilège de l'article 2103-3°? La question est délicate et surtout confuse, à cause du défaut de netteté de la jurisprudence, qui paraît comprendre sur le point de savoir si l'effet déclaratif était attaché à ce genre de partage, des décisions équivoques et quelquefois même contradictoires. En un mot le lotissement entraîne-t-il une cessation complète d'indivision? Si nous admettons l'affirmative, le privilège du copartageant prendra naissance, en même temps d'ailleurs que l'effet déclaratif de l'article 883.

I. Par une longue suite d'arrêts, la Cour de cassation a, avons-nous dit (2), subordonné l'effet déclaratif et le pri-

(1) V. *suprà*, p. 24.

(2) V. *suprà*, p. 17 et s. et les notes.

vilège du copartageant, à la cessation complète de l'indivision.

Cependant beaucoup d'auteurs, et particulièrement M. le conseiller Fay, rapporteur à l'arrêt du 26 juin 1895 (1), ont cru trouver dans la jurisprudence plusieurs décisions, qui n'exigeaient pas la cessation complète de l'indivision :

1^o L'arrêt du 2 avril 1851 (2), dit que la fiction admise par l'article 883 « peut exister et produire ses effets, alors même que l'indivision n'a pas entièrement cessé, mais qu'il faut qu'il existe un partage réel. » Toutefois, il ajoute que « la cession de ses droits, faite avant toute division des biens communs par l'un des cohéritiers à un autre et l'abandon fait dans le même acte, par les cohéritiers à l'un d'eux de différents immeubles pour former son lot, ont pu être considérés par les juges comme dépourvus des caractères d'un partage et comme ne mettant pas obstacle à ce que les créanciers de celui des cohéritiers, qui avait seulement cédé ses droits et n'avait pas concouru au partage, fissent valoir leurs droits conformément à l'article 2205. » Il est possible de mettre d'accord cette décision avec l'ensemble de la jurisprudence : on peut dire, avec M. Wahl (3), que l'arrêt a voulu établir,

(1) S. 96. 1. 481 ; V. aussi les conclusions de M. le conseiller Fabreguettes faisant fonction d'avocat général à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1900, S. 1900. 1. 369.

(2) S. 51. 1. 337.

(3) Note sous Cass., 26 juin 1895, S. 96. 1. 481 ; V. aussi la note du même auteur, sous Cass., 13 mars 1903, S. 1905. 1. 129.

au point de vue de l'interprétation de l'article 2205 du Code civil, « qu'on ne peut considérer comme un partage mettant obstacle à l'action des créanciers un acte qui fait cesser l'indivision, mais' auquel leur débiteur n'est pas intervenu. »

2° Le second arrêt (1), qui paraît aller à l'encontre de l'opinion admise couramment, est relatif à l'hypothèse du lotissement : « Attendu, porte-t-il, que rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à la liquidation d'une succession entre l'un des héritiers, d'une part, et tous ses cohéritiers de l'autre, et que, lorsque la fixation de sa portion héréditaire a été faite conformément à la loi, l'attribution qui lui en est faite, opère de lui à ses cohéritiers, bien que ceux-ci continuent à demeurer entre eux dans l'indivision un partage régulier, qui entraîne tous les effets que le législateur a attachés à cette nature de convention. »

3° La Chambre des requêtes (2) est encore plus formelle : « Le partage total ou partiel, dit-elle, est déclaratif et non attributif. » Et elle ajoute : « Il suffit que l'un des cohéritiers soit définitivement rempli de sa part au moyen d'un allotissement particulier, puisque de la sorte, celui qui reçoit sa part dans la chose commune n'a plus rien désormais à y prétendre, et qu'en ce qui concerne les biens dont il est privativement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et ses cointéressés. »

(1) Cass., 25 avril 1864, S. 64. 1. 237.

(2) Req., 9 décembre 1878, S. 79. 1. 404.

4° Le 25 avril 1895 (1), la Chambre civile rendait un arrêt dans le même sens; il en résulte qu'il y a un véritable partage lorsqu'un immeuble indivis a été adjugé à tous coindivisaires, sauf un; si l'indivision continue d'exister après la licitation entre les communistes adjudicataires, celle-ci ne vient pas de la dévolution héréditaire, mais de la volonté des parties, qui ont voulu, par le moyen d'une licitation, faire sortir l'immeuble indivis de la masse partageable et lui substituer la créance du prix ou l'argent du prix, s'il a été payé.

5° Enfin, le 26 juin suivant (2), la Cour de cassation consacrait cette théorie sur le lotissement : « Attendu, en droit, dit l'arrêt, que le copropriétaire de biens indivis, qui sort de l'indivision, non par une cession, mais par l'attribution de sa part, a droit à la garantie de son lot et des soultes qui lui sont dues, alors même que l'indivision continuerait à subsister entre ces derniers; *qu'il a donc sur les immeubles conservés par eux, le privilège du copartageant spécialement affecté à cette garantie.* »

M. Wahl, dans la note précitée, fait remarquer avec juste raison que cet arrêt, s'il est conforme à la jurisprudence antérieure sur le lotissement, y introduit une distinction qui jusque-là n'avait pas été prévue : « le copropriétaire de biens indivis, dit-il, qui sort de l'indivision non par une cession, mais par l'attribution de sa

(1) S. 95. 1. 350.

(2) S. 96. 1. 481.

part. » « L'effet déclaratif, ajoute M. Wahl, se produit si le copropriétaire est alloti dans un véritable acte de partage, fût-il fait avec soulte ; au contraire, l'effet déclaratif ne se produit pas, si le copropriétaire a cédé ses droits moyennant les biens qui lui sont attribués divisément. » Dans le premier cas, il y aura donc lieu au privilège du copartageant, non dans le second. Cette distinction complique à plaisir la théorie des effets du partage et n'est pas pleinement justifiable en droit ; nous verrons cependant en étudiant la cession de droits successifs, quelle serait la conséquence d'une théorie nouvelle émise par M. Planiol.

Au dire de M. le conseiller Fay, avons-nous dit, ces cinq arrêts, ou plutôt les quatre derniers qui visent spécialement l'hypothèse du lotissement, seraient en contradiction avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation. C'est également ce que croit l'auteur anonyme de la note sous l'arrêt du 9 décembre 1878 (1), MM. Demante (2) et Esmein (3). Se fondant particulièrement sur les termes de l'arrêt de 1878 que nous avons rapportés, ils en concluent que la Cour avait entendu se séparer de sa jurisprudence antérieure, qui exigeait la cessation complète de l'indivision, pour que l'effet déclaratif et le privilège du copartageant prissent naissance.

(1) S. 79. 1. 404.

(2) Note sous Cass., 19 mai 1886, S. 87. 1. 413.

(3) Note sous Cass., 16 février 1887, S. 88. 1. 257.

Il aurait mieux valu en conclure, selon nous, que la Cour a constaté que le lotissement d'un copartageant ne faisait pas cesser l'indivision, mais qu'elle a, quoique cela, accordé à cet acte les effets du partage; en un mot qu'elle a fait pour le lotissement une exception à la règle qu'elle avait admise pour les partages, exception qui serait peut être justifiable par des considérations pratiques, mais non par des arguments de droit, puisque la loi ne fait aucune réserve, ni aucune distinction dans l'article 883.

II. Mais si nous lisons attentivement les arrêts, que nous avons analysés (sauf le premier que nous avons expliqué), nous ne pouvons admettre ni la théorie de MM. Demante et Esmein, ni la conclusion que l'on a cru pouvoir tirer de la jurisprudence sur le lotissement. C'est ce qu'a fort bien démontré M. Wahl dans sa note (1), sous l'arrêt précité du 26 juin 1895.

1° En effet, la Cour de cassation ne veut pas faire exception, pour le cas de lotissement, à la règle admise par elle : ce qui le prouve, ce sont les expressions qu'elle emploie notamment dans l'arrêt du 9 décembre 1878 : « Rompre entre eux la communauté par un partage réel ou *par un acte équivalent*. » Elle entend donc appliquer le même régime à toute forme employée pour sortir de l'indivision.

2° Que l'on n'objecte pas que la Cour renonce quand

(1) S. 96. 1. 481.

même à exiger la cessation complète de l'indivision, puisqu'elle constate, dans le même arrêt de 1878, que « l'indivision cesse complètement entre le copartageant loti et ses cointéressés. » Comme le fait remarquer M. Wahl, il faut donc que celle-ci ait au moins cessé entre un des copropriétaires et les autres.

3° Au surplus les arrêts précités ne s'appliquent pas à un partage, qui attribue certains biens indivisément, mais à un partage qui attribue « à l'un des cointéressés, pour sa part, la totalité de certains biens, laissant les autres cointéressés dans l'indivision pour le restant des biens. » Ils visent l'hypothèse du lotissement d'un copartageant non celle d'une attribution à plusieurs. Qu'importe que les autres lots ne soient pas formés, puisqu'il y en a un de constitué ; ce lot sera garanti par le privilège du copartageant, puisque, à l'égard des biens qui le composent, l'indivision a complètement cessé.

III. La jurisprudence de la Cour de cassation est donc pleinement justifiable ; elle ne contredit ni ne crée d'exception aux règles couramment admises : elle entraîne cependant une conséquence fâcheuse, mise en relief par l'auteur de la note précitée : L'effet déclaratif ne peut se produire qu'en ce qui concerne les biens attribués divisément à un copartageant ; dès lors l'article 2103-3°, s'appliquera et profitera seulement au copartageant alloti ; lui seul pourra invoquer le privilège du copartageant, pour garantir les créances qui lui sont dues, sans que les

autres copartageants restés dans l'indivision, puissent s'en servir pour assurer le paiement de celles que l'alloti peut devoir. Cette conséquence est fâcheuse ; car « chacune des parties a en vue le même but ; une intention commune a présidé aux opérations intervenues entre elles ; il n'est pas juste que les droits qui leur appartiennent les uns contre les autres soient différents. Cependant les arrêts précités du 9 décembre 1878 et du 25 mai 1895, continue M. Wahl, « après avoir déclaré... que l'effet déclaratif s'applique aux seuls biens qui ont fait l'objet de l'allo-tissement, ont décidé que l'hypothèque inscrite sur les immeubles du copartageant alloti ne frappe pas les immeubles devenus la propriété indivise des autres copropriétaires. » Tout ferait donc croire que la Haute Cour accorderait, si l'occasion s'en présentait, — quoique cela soit peu logique et difficile à justifier — le bénéfice de l'article 2103-3° aux copropriétaires restés dans l'indivision.

CHAPITRE III

LA LICITATION

La licitation, — vente aux enchères d'un bien indivis, — est un moyen mis par la loi à la disposition des copropriétaires pour faire sortir de l'indivision, un bien impartageable en nature. L'article 827 porte : « Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation, etc... »

Ce n'est donc pas une vente ordinaire, mais un moyen de partager un immeuble, qui ne peut se partager en nature, soit qu'il ne soit pas susceptible de division matérielle (1), soit que son partage fût de nature à entraîner une dépréciation de sa valeur (2) ou à en rendre la jouissance onéreuse et difficile (3), en procédant à la vente de cet

(1) Paris, 24 pluviôse an XII S. chr. ; Paris, 8 mars 1867, S. 67. 2. 185 ; Caen, 23 mars 1872, Rec. arr., Caen, t. XXXVI, p. 155, S. 72. 2. 222.

(2) Pau, 12 août 1868, D. 68. 2. 221.

(3) Colmar, 23 août 1831 et sur pourvoi Cass., 21 août 1832, D. 32. 1. 356.

immeuble et en le représentant dans la masse indivise par une somme d'argent ou une créance sur l'acquéreur.

Le mot licitation est également employé pour désigner la vente aux enchères qu'opèrent les copartageants, — lors même que les biens seraient commodément partageables en nature, — soit quand il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, soit quand ils ne veulent pas conserver les immeubles à partager.

Dans toutes ces hypothèses, la licitation a les mêmes effets et peut donner lieu, si certaines conditions sont remplies, au privilège du copartageant. Nous n'avons pas à nous préoccuper des formes de la licitation qui diffèrent selon que ce sont des biens de mineurs ou de majeurs qui sont licités, car elles n'ont aucune influence sur la naissance du privilège.

Si donc le privilège peut naître de la licitation, c'est que celle-ci n'est qu'un mode de partage : l'article 883 en édictant que « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation », assimile le partage à la licitation ; cet article aurait, peut-être à la rigueur, pu suffire pour autoriser la naissance du privilège du copartageant d'une licitation. Mais le législateur a cru bon de s'exprimer très explicitement dans l'article 2109 et de répéter cette assimilation en visant, parmi les créances garanties, « le prix de licitation. »

Dans quels cas la licitation donne-t-elle lieu au privilège du copartageant ? Examinons les différentes hypo-

thèses qui peuvent se présenter : elles sont au nombre de quatre.

§ 1^{er}. — L'ADJUDICATION SUR LICITATION EST PRONONCÉE
EN FAVEUR D'UN SEUL DES COPROPRIÉTAIRES

L'intention des copartageants qui prennent part à la licitation est de diviser non de vendre, et l'adjudication prononcée au profit d'un seul d'entre eux met fin à l'indivision. C'est, avons-nous dit, une sorte de partage ; c'est ainsi que Dumoulin (1) s'exprimait : « Ista assignatio non videtur esse nova mutatio nec translatio in unum ex eis quæ inter eos quibus est res communis permittitur. »

L'indivision cessant quant à l'immeuble licité, l'adjudicataire est réputé avoir acquis celui-ci de l'auteur commun et les autres copropriétaires sont censés n'avoir jamais eu de droits sur cet immeuble. Dès lors le prix de cette licitation sera garanti, aux termes de l'article 2109 par le privilège de copartageant. « Il faut donc et il suffit que l'indivision cesse quant à l'immeuble licité quoiqu'elle continue à subsister pour les autres valeurs héréditaires pour que le privilège prenne naissance ? » Et la raison en est que, dans ce cas, la licitation équivaut à un partage partiel.

(1) Dumoulin, art. 22, n. 70, *Cout. de Paris, hodie* 33, gl. 1, n. 69 ; V. aussi Lebrun, *Successions*, liv. IV, n. 35.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 604.

§ 2. — L'ADJUDICATION SUR LICITATION EST PRONONCÉE
EN FAVEUR DE PLUSIEURS COPARTAGEANTS

Dans le cas où l'adjudication sur licitation est prononcée en faveur de plusieurs copartageants, elle ne fait pas cesser l'indivision ; elle n'est donc qu'une vente et engendre le privilège du vendeur. Cette adjudication, en effet, n'a pas réduit à un le nombre des copartageants ayant des droits sur l'immeuble licité ; elle a manqué son but ; bien qu'elle constitue un acheminement vers la cessation de l'indivision, cette indivision subsiste et le privilège du copartageant, pas plus que l'effet déclaratif, ne peut prendre naissance (1).

C'est ainsi que la Cour de cassation (2) a décidé qu'une adjudication sur licitation entre cohéritiers, prononcée au profit de deux d'entre eux — et laissant par conséquent subsister l'indivision à leur égard — ne fait pas disparaître l'hypothèque légale dont l'immeuble vendu se trouvait

(1) En ce qui concerne l'effet déclaratif : Cass., 26 avril 1816, D. A. 8. 693 ; Cass., 18 janvier 1827, D. 27. 1. 118 ; Cass., 27 mai 1835, S. 35. 1. 341, D. 35. 1. 286, J., n. 3036 ; Cass., 13 août 1838, S. 38. 1. 701, D. 38. 1. 354 ; Cass., 15 décembre 1832, D. 33. 1. 304 ; Cass., 19 janvier 1841, *Journ. des av.*, t. LXII, p. 365, D. 41. 1. 83 ; Cass., 8 mars 1875, S. 75. 1. 449, D. 76. 1. 69 ; *Contrà*, Paris, 23 avril 1837, P. 37. 1. 526. Spécialement en ce qui concerne le privilège de copartageant. Poitiers, 10 juillet 1889, S. 91. 2. 110 ; *Contrà*, Bordeaux, 24 décembre 1889, S. 91. 2. 110.

(2) Cass., 9 mars 1854, S. 56. 1. 49.

frappé du chef des colicitants vendeurs, mais laisse l'effet de cette hypothèque, subordonné, après comme avant la vente, au résultat ultérieur qui fera cesser définitivement l'indivision. C'est donc que cette adjudication n'est pas un partage, mais bien une vente, et cette vente ne donnera jamais lieu au privilège du copartageant.

§ 3. — LA LICITATION EST PRONONCÉE EN FAVEUR
D'UN ÉTRANGER

Cette hypothèse suppose que les étrangers ont été de droit ou en vertu du cahier de charges, admis à concourir à l'adjudication. Dans ce cas, les principes du partage cessent d'être applicables ; il y a dans cette opération une véritable vente, qui donne lieu au privilège de l'article 2103-1^o (1). « Comment le tiers adjudicataire pourrait-il invoquer l'effet déclaratif du partage et prétendre, lui qui n'a jamais été dans l'indivision, qu'il a toujours été propriétaire de l'immeuble à lui adjugé ? D'ailleurs, l'article 833 est formel pour n'attribuer l'effet déclaratif qu'à l'adjudication sur licitation prononcée au profit des copar-

(1) Laurent, X, 420 et 428 ; Planiol, II, 2909, Garçonnet, note , D. 92. 2. 145 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 618 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3356 ; Toulouse, 2 janvier 1847 ; D. 47. 2. 103 ; Toulouse, 14 décembre 1830, D. 31. 2. 85 ; Alger, 4 avril 1877, S. 80. 2. 145, note Labbé ; Poitiers, 10 juillet 1889, D. 90. 2. 185 ; Req., 13 octobre 1896, D. 97. 1. 44, S. 98. 1. 41.

tageants (1). » Or nous avons vu que l'adjudication sur licitation ne peut donner naissance au privilège du copartageant, si elle n'est pas dotée de l'effet déclaratif, car dans ce cas elle ne constitue qu'une vente et ne peut donner lieu qu'au privilège du vendeur.

§ 4. — LA LICITATION EST PRONONCÉE EN FAVEUR
D'UN ÉTRANGER ET D'UN DES COLICITANTS

Si l'un des colicitants se rend acquéreur indivisément avec un tiers, qui n'avait antérieurement aucun droit sur l'immeuble, il y a encore là une véritable vente. On ne peut pas feindre ou supposer que ce tiers ait succédé directement au défunt ou ait été seul propriétaire depuis le commencement de l'indivision. Nous n'écarterons pas ici les articles 2103-3° et 209 par ce seul motif que l'indivision subsiste, mais surtout parce qu'un tiers concourt à l'acquisition.

Que l'on ne soit pas tenté de prétendre, que le prix de licitation est garanti envers le copartageant attributaire, par le privilège du copartageant et envers le tiers adjudicataire, par le privilège du vendeur; le privilège du copartageant ne peut naître dans cette hypothèse; en effet il est subordonné à la cessation complète de l'indi-

(1) Note anonyme sous Cass., 8 mars 1875, D. 76. 1. 369.

vision ; peu importe que celle-ci subsiste entre deux ou plusieurs copartageants ou entre un copartageant et un tiers ; ce que la loi a voulu protéger, tant par l'article 883 que par les articles 2103-3° et 2109, c'est la propriété dégagée de toute indivision et rendue à son intégrité (1).

(1) Comp. Cass., 8 mars 1875, D. 76. 4. 369 et la note.

CHAPITRE IV

LA CESSION DE DROITS INDIVIS

§ 1^{er}. — OPINION COMMUNE ET JURISPRUDENCE

D'après l'avis de la généralité des auteurs (1) et de la jurisprudence (2), la cession des droits indivis donne lieu au privilège du copartageant, lorsqu'elle fait cesser l'indivision. Si l'on objectait que la cession de droits indivis ne rentre ni dans les termes de l'article 2103-3° ni dans ceux de l'article 2109, il serait facile de répondre qu'elle n'est

(1) Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 171, 5^e éd., p. 289 ; Guillouard, II, 502 ; Beudant, II, p. 10, note 1 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 607.

(2) Bourges, 26 janvier 1844, D. 45. 1. 130, S. 45. 2. 426 ; Riom, 17 août 1853, S. 56. 1. 49 ; Cass., 10 novembre 1862, D. 62. 1. 470, S. 63. 1. 129 ; Nîmes, 22 août 1865, J. G., Supp., V^o Priv. et hyp., 219, S. 66. 2. 23 ; Cass., 26 novembre 1895, D. 96. 1. 313, S. 96. 1. 73 ; Comp. Paris, 4 février 1892, D. 92. 2. 145, note Garçonnet ; Cass., 26 juin 1895, S. 96. 1. 481, note Wahl ; *Contrà*, Toulouse, 14 décembre 1850, D. 51. 2. 85 ; Grenoble, 4 janvier 1853, D. 55. 2. 356.

au fond qu'une licitation amiable d'une universalité : or la licitation est visée dans l'article 2109.

De plus il est admis que la cession de droits indivis peut engendrer le privilège de copartageant, parce que, dans certains cas, elle fait cesser l'indivision. Le caractère déclaratif de l'article 883, étant une fiction inspirée par le désir de pallier les effets de l'indivision après qu'elle a pris fin, il doit donc se produire et n'a aucune raison d'être écarté quand on se trouve en présence d'une cession de droits indivis arrivant à ce résultat (1) ; or, nous avons vu que l'article 883 s'appliquant, le privilège du copartageant garantit toutes les créances qui sont dues entre les parties, à condition que ces créances puissent rentrer dans l'un des cas prévus aux articles 2103-3° et 2109.

Cependant MM. G. Demante (2) et Esmein (3) ont, en s'appuyant sur les arrêts que nous avons étudiés à propos de l'hypothèse du lotissement d'un copartageant, prétendu que la Cour de cassation ne reconnaissait pas à la cession de droits indivis, les effets du partage. Ils arguent principalement de cet attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1878 (4) : « Attendu en fait que, d'après sa nature propre comme d'après ses termes, le traité litigieux n'est point une cession ; qu'aucun contractant n'y joue le rôle de cédant ou de cessionnaire et qu'il ne

(1) V. *suprà*, p. 46 et la note 1.

(2) Sous Cass., 19 mai 1886, S. 87. 4. 113.

(3) Sous Cass., 26 février 1887, S. 88. 1. 237.

(4) S. 79. 1. 404.

constitue qu'un partage partiel ou particulier, qui, en déterminant la part de N. dans les effets donnés, laisse le reste des biens indivis entre ses codonataires. »

On peut répondre avec M. Wahl (1), que la Cour a simplement voulu constater « qu'une cession n'est pas nécessairement, et par elle-même, un partage et qu'elle produit, dans certains cas, les effets d'une vente et que, dans l'hypothèse où elle est un partage, les parties ne jouent pas respectivement les rôles de cédant et de concessionnaire. C'est là une vérité élémentaire. » On peut aussi dire que, dans le même arrêt, la Cour assimile au partage « tout acte équivalent », et la cession équivalait bien au partage quand elle fait cesser l'indivision. Enfin, ne pourrait-on pas reprocher à ces auteurs de chercher dans les considérants, qui exposent le point de fait, la pensée de la Cour de cassation qui se trouve plutôt dans ceux qui développent le point de droit ?

Mais à cet argument tiré de la jurisprudence, M. Esmein ajoute une considération de droit : « Cet acte, dit-il, ne doit point être considéré comme un partage, parce qu'ici chacune des parties spéculé et cherche à réaliser un bénéfice. Le cédant ne reçoit point sa part en valeurs héréditaires ; il en reçoit le prix débattu et fixé par un marché qui n'est point un partage... L'acte aura été translatif. » Si l'acte est translatif, il n'y aura donc pas lieu au privilège du copartageant, mais à celui du

(1) Note sous Cass., 3 décembre 1890, S. 91. 1. 417.

vendeur : la Cour de cassation ne pouvait donc, en droit, assimiler le partage et la cession de droits indivis.

Cette argumentation n'est pas sans réplique : les parties qui concourent à une cession de droits indivis n'ont pas toujours en vue une spéculation : le cédant peut vouloir s'épargner les ennuis d'une liquidation et le cessionnaire peut avoir pour but de se débarrasser d'un copartageant gênant. De plus, ce n'est pas le but d'un acte qu'il faut regarder pour savoir s'il est un partage ou une vente, s'il est déclaratif ou attributif. C'est son effet qu'il faut envisager ; jusqu'à ce jour, avons-nous dit, la jurisprudence ne tient pas compte du but que les parties ont poursuivi ; peu importe qu'elles aient voulu spéculer, si l'acte qu'elles ont fait, met un terme à l'indivision (1).

Au reste, M. Esmein est obligé de reconnaître que la cession de droits successifs est « traitée comme un partage, au point de vue de la lésion, par l'article 888 » ; mais il ajoute : « Sans le texte formel de l'article 888, les principes, à eux seuls, n'auraient point conduit à cette solution. » Nous ne le croyons pas, car nous avons démontré que la cession n'est pas toujours une spéculation ; en tout cas, c'est là une preuve que le législateur

(1) Aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1862 (S. 63. 4. 429), l'effet déclaratif est accordé à une cession de droits indivis faite à « forfait et aux risques et périls des cessionnaires ». V. cependant en sens contraire, Cass., 25 juin 1845 (S. 45. 4. 806) : mais cette dernière décision paraît être une solution d'espèce.

a moins vu en la cession un acte de spéculation qu'un acte de partage, et qu'il a rendu palpable l'assimilation de celle-ci à l'acte de partage.

D'après l'opinion généralement admise, la cession de droits indivis donne donc naissance au privilège du copartageant, si elle fait cesser complètement l'indivision, mais n'engendre dans le cas contraire, comme toute vente, que le privilège du vendeur.

§ 2. — THÉORIE NOUVELLE

M. Planiol, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1), a exposé une théorie nouvelle avec des arguments très attrayants, tendant à démontrer que le caractère de la cession de droits indivis est tout différent de celui que lui attribue l'opinion dominante. D'après cet auteur, la cession de droits indivis n'est jamais dotée de l'effet déclaratif; elle n'est jamais équivalente à un partage et reste, quel que soit son résultat, une vente attributive de de propriété. La conséquence directe de cette affirmation est donc qu'elle n'entraîne, dans aucun cas, le privilège du copartageant, mais qu'elle donne toujours naissance, comme toute vente ordinaire, au privilège du vendeur.

(1) Année 1883, t. XII, p. 588. V. aussi Planiol, III, 2388; Grenoble, 4 janvier 1853, D. 53. 2. 355; Comp. Toulouse, 14 décembre 1850, D. 51. 2. 85.

1. *Système de M. Planiol.* — 1° *Le bon sens.* — La cession de droits indivis n'est pas un partage : le mot partage ne peut s'entendre que d'une répartition de biens indivis entre tous les copartageants : « Or, fait remarquer M. Planiol, un acte qui donne la totalité de la succession (ou de toute masse indivise) à un seul, à charge par lui de payer aux autres la valeur de leur part, supprime toute espèce de répartition. Les cohéritiers cédants ne sont pas des copartageants ; on ne leur donne pas leur part, on la leur enlève, on la leur achète. Loin de valoir partage, un pareil acte rend le partage inutile et impossible : il l'exclut. »

2° *Les textes.* — Si l'article 883 assimile la licitation au partage, il ne parle pas de la cession de droits indivis ; aucun texte ne nous oblige donc à donner à cet acte les effets du partage.

3° *La tradition.* — La tradition ne nous y force pas plus, puisque les auteurs anciens se sont bornés à enregistrer les solutions des praticiens et les auteurs modernes ont tiré de ces conceptions des théories, qui n'en restent pas moins des opinions récentes.

4° *Différence de nature entre le partage et la cession de droits indivis.* — Que cède-t-on dans une vente de droits successifs ? Le droit héréditaire, non pas les biens eux-mêmes ; si, dans l'hypothèse où, de deux cohéritiers, l'un cède sa part à l'autre, le concessionnaire garde tout, c'est qu'il est

héritier pour une moitié et acheteur pour l'autre moitié. « Or, dit M. Planiol, l'article 883... ne s'applique pas au titre en vertu duquel les copartageants figurent au partage. Il suppose admis et déterminé le droit de chacun et attribue simplement un effet rétroactif à la répartition des biens qui composent chaque lot. Dire que le partage est déclaratif, c'est donc dire que les biens attribués à un héritier pour sa part, seront censés lui avoir toujours appartenu, mais ce n'est pas dire que cet héritier sera censé avoir eu droit, dès le décès, aux deux parts qu'il a pu acquérir par la suite, et c'est pourtant à cette confusion que l'on arrive quand on traite la cession de droits successifs comme un partage. »

L'effet déclaratif, avec la rétroactivité qu'il entraîne, veut que tout se passe « comme si le partage s'opérait au dernier souffle du mort et si chacun de ses héritiers recevait de lui son lot tout fait. Or, si le lot cédé eut existé tout à fait à l'époque du décès, à qui eut-il appartenu alors ? au cédant. Ce n'est que plus tard, le jour où la cession a été consentie, que son titulaire a changé. Où donc a-t-on pris que la loi attache la rétroactivité à ce titre d'acquisition ? » La cession de droits indivis se sépare donc du partage par une différence de nature : l'une « diminue le nombre des ayants droit sur la masse indivise ; l'autre répartit les biens entre les ayants droit ; l'une porte sur les personnes, l'autre sur les choses. »

a) Au reste, confondre ces deux actes, c'est violer l'article 870. Si, par le fait de la cession, le cédant est réputé

avoir accepté la succession, c'est qu'il est héritier et c'est que, s'il est héritier, le cessionnaire est son ayant cause. L'article 870 sera donc violé, si l'on « considère le cédant comme n'ayant jamais été héritier et le concessionnaire comme ayant toujours été héritier à sa place. » Il faut, dès lors, tenir compte de l'époque qui s'est forcément écoulée entre le moment du décès et celui de la cession ; pendant cette époque, il est impossible de ne pas faire reposer sur la tête du cédant, la propriété du lot qui sera formé dans la suite par le partage.

b) Confondre ces deux actes, cession et partage, ce serait enfin créer une conception admissible au point de vue législatif et ne pas faire une interprétation saine de notre droit. Ne pourrait-on pas, en effet, admettre que, dans le cas de cession de droits successifs, la rétroactivité s'appliquerait à la fois aux deux opérations, à « la détermination des copartageants et à la composition matérielle des lots ? » Ne pourrait-on pas dire que, « d'une part, les lots seront censés avoir été composés dès le décès tels que le partage les a faits ; d'autre part, que les personnes appelées à prendre part au partage seront censées y avoir eu droit à toute époque à l'exclusion des autres. » Cette interprétation de notre droit serait inadmissible pour beaucoup de motifs :

1° Le premier se trouve dans le silence gardé, nous l'avons vu, tant par les textes que par la tradition, en ce qui concerne les analogies du partage et la cession de droits indivis ;

2° Le second est que, si la cession de droits indivis peut produire le même résultat que le partage, elle n'est pas équivalents à un partage, parce qu'il n'y a pas d'actes équivalents à un partage, pas plus qu'il n'y a d'actes équivalents à une vente ou à une donation. « Par actes équivalents au partage, il faut entendre, dit M. Planiol, des actes de partage faits sous la forme de vente, de transaction, d'échange », ces actes sont des partages qui ont été mal baptisés et « abstraction faite du titre inexact, ils ne sont pas autre chose que des partages » ;

3° Enfin, si l'acte est de nature différente du partage, ne peut-on pas néanmoins, s'il arrive, comme lui, à faire cesser l'indivision, lui attribuer le caractère déclaratif sans l'assimiler à tous égards au partage? Cela est impossible : une dette peut s'éteindre par remise de dette ou par paiement ; elle peut donc disparaître par différents moyens sans que ces moyens aient les mêmes effets. Il en est de même pour l'indivision : celle-ci peut cesser de deux façons : soit par la division de la chose entre les copropriétaires, soit par la disparition de tous les copropriétaires, soit par la disparition de tous les copropriétaires sauf un ; la loi ne donnant pas au second moyen les mêmes effets qu'au premier, ce n'est pas à nous de les accorder, sous prétexte que, par les deux moyens, l'indivision a cessé.

Cette solution est prouvée par ce fait : lorsque l'indivision s'éteint par donation, on n'accorde pas l'effet déclaratif à cette donation. Mais c'est, dit-on, parce qu'elle

n'est pas assimilable au partage en ce sens, qu'elle est un acte à titre gratuit, alors que le partage est essentiellement un acte à titre onéreux. Cette réponse est un aveu : elle reconnaît que ce n'est pas au fait de la cessation de l'indivision que l'on doit s'attacher pour accorder ou refuser l'application de l'article 883, mais bien à la « nature de l'acte qui l'a fait cesser... Or, ajoute M. Planiol, si nous considérons non pas les résultats de la cession, l'effet variable qu'elle peut avoir sur l'indivision, si nous en examinons la nature, nous croyons qu'elle est autre chose que le partage et, à défaut de texte exprès, elle n'en peut pas produire les effets exceptionnels. » Tout le monde lui refuse cet effet rétroactif, quand elle est consentie à titre gratuit, comme donation de part ; il faut le lui refuser encore quand elle est faite à titre onéreux, comme vente ; car, donation ou vente, cette cession est toujours séparée du partage par une différence intime et profonde, une différence de nature. »

II. *Objections à cette théorie.* — M. Wahl (1) a formulé des objections contre cette théorie :

1° « La loi, dit-il, n'exige nulle part qu'un acte, pour produire l'effet déclaratif, contienne une répartition, l'article 883 n'indique qu'une condition, l'attribution à un cohéritier. » Du reste, si la cession de droits indivis, en donnant la totalité des biens indivis à un seul, rend le

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *SS*^{on}, III, 3303.

partage inutile et impossible, la licitation produit le même effet, lorsque le bien unique à partager est mis en adjudication et que cette adjudication est prononcée en faveur de l'un des deux copropriétaires ;

2° Un texte formel assimile la licitation au partage. Or, la cession de droits indivis n'est pas autre chose qu'une licitation amiable et produit le même résultat. La cession équivaut donc au partage quand elle fait cesser l'indivision ;

3° Que l'on ne dise pas « qu'à la différence du partage, la cession porte sur les personnes et diminue le nombre des ayants droit ; que le partage porte sur les biens qu'on répartit entre les ayants droit », car « c'est encore une objection qu'on pourrait faire à la licitation. » Cette différence de nature n'empêche donc pas la cession d'avoir les effets du partage, car la licitation, qui se sépare pour les mêmes causes du partage, est dotée de ces effets ;

4° Si l'on prétend encore que l'article 870 attache à la cession de droits successifs les effets de la vente et que le cessionnaire est, en conséquence, l'ayant cause du cédant, l'article 870, répond M. Wahl, est fondé sur ce que la cession implique la volonté de se porter héritier ; il est donc naturel que la cession emporte acceptation de la succession ; il en est encore de même non pas seulement pour la licitation, mais pour le partage et cependant on ne soutient pas que les copartageants soient les ayants cause les uns des autres » ;

5° Ne pourrait-on pas, enfin, dire que l'article 888 per-

met d'exercer l'action en rescision pour cause de lésion, quand la cession de droits indivis lèse de plus d'un quart l'une des parties : qu'en conséquence, la loi a voulu assimiler la cession au partage en lui appliquant le même régime en cas de lésion.

III. En l'état actuel de notre législation, qui assimile la licitation au partage, et, en tenant compte de l'extension des effets de la licitation amiable, qui ressemble peut-être autant à une cession de droits indivis qu'à la licitation proprement dite, nous croyons devoir nous ranger à la théorie de M. Wahl, malgré le caractère séduisant et la valeur incontestable que présentent les arguments de M. Planiol. Nous considérerons donc avec la théorie admise en jurisprudence, que l'effet déclaratif et le privilège du copartageant ne sont attachés qu'aux cessions de droits indivis faisant cesser complètement l'indivision ; et en cela nous resterons en complet accord avec la pratique qui n'a pas osé, jusqu'à ce jour, entrer dans une nouvelle voie.

§ 3. — DES DANGERS DE LA CESSION DE DROITS INDIVIS POUR LE CÉDANT

Que l'on se rallie à la théorie nouvelle sur la cession de droits indivis, en ne faisant naître dans tous les cas de cet acte que le privilège du vendeur, ou bien que l'on

préfère le système de la plupart des auteurs et de la jurisprudence, en considérant la cession comme une vente, si elle ne fait pas cesser l'indivision, et comme un partage, dans le cas contraire, les dangers que présentent, pour le cédant, la cession de droits indivis, seront les mêmes, puisque dans les deux théories, il est reconnu que le privilège du vendeur peut seul naître d'une cession qui ne fait pas cesser l'indivision. L'étude de ces dangers est d'un grand intérêt, en voici un exemple :

Un immeuble est indivis entre A, B et C ; A cède ses droits à B et acquiert contre lui le privilège du vendeur. B et C procèdent au partage et vendent par licitation l'immeuble indivis, qui, par hypothèse, est impartageable en nature. C se porte adjudicataire et, par suite de l'effet déclaratif et rétroactif attaché à la licitation, il acquiert l'immeuble franc et quitte de toute charge née pendant l'indivision du chef de B. Le seul privilège qui frappe le bien, est celui du copartageant que B peut invoquer pour garantir le paiement de la portion du prix d'adjudication qui lui est dû par C. Mais A, le cédant, n'a aucun droit personnel et direct contre l'adjudicataire C ; l'immeuble n'est pas affecté à la garantie de sa créance : le droit de suite est certainement éteint (1). A-t-il au moins un droit

(1) Aubry et Rau, § 263, 4^e éd., p. 171. 5^e éd., p. 289 ; Guillouard, II, 502 ; Huc, XIII, 154 ; Beudant, II, p. 10, note 1 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3318 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 608 ; Toulouse, 2 janvier 1847, D. 47. 2. 103 ; Lyon, 29 juillet 1853, D. 54. 2. 236, S. 53. 2. 581 ; Alger, 4 avril 1877, J. G., Supp., V^e Priv. et

de préférence sur la part du prix d'adjudication dû à son cessionnaire ?

La même hypothèse se réalise quand un des communistes a hypothéqué sa part indivise et que l'un des copropriétaires autre que lui se porte adjudicataire des immeubles hypothéqués : le créancier hypothécaire a perdu son droit de suite : il reste à savoir s'il en est de même du droit de préférence.

Il paraît équitable de laisser au cédant l'exercice du droit de préférence : en effet il est étranger à l'adjudication et celle-ci ne doit pas produire d'effets contre lui. Pour retirer au cédant l'exercice de ce droit et pour ainsi commettre une injustice, on pourrait se fonder sur l'article 883, mais la fiction que crée cet article dans l'intérêt de l'adjudicataire, est contraire à la réalité des choses ; elle a pour but de « mettre le copropriétaire adjudicataire à l'abri des poursuites des créanciers de ses communistes et d'éviter les recours entre cohéritiers (1). » Or, dans notre cas, le droit de l'adjudicataire n'est pas discuté : il n'y a donc aucune raison pour appliquer une fiction inutile ; « le débat, dit M. de Loynes (2), s'agite entre les créanciers des autres copropriétaires ; le droit de préfé-

hyp., 219 ; Poitiers, 10 juillet 1889, D. 90. 2. 183, S. 91. 2. 110 ; Req., 3 décembre 1890, D. 91. 1. 219, S. 91. 1. 417, note Wahl ; Civ. cass., 4 mars 1891, D. 91. 1. 313, S. 94. 1. 411 ; *Contra*, Poitiers, 21 décembre 1844, D. 45. 2. 130 ; Pau, 15 décembre 1890, D. 92. 2. 120 ; Cpr. civ. rej., 26 juin 1895, D. 96. 1. 548, S. 96. 1. 481.

(1) Pothier, *Traité de la vente*, 639. 641.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 609.

rence est seul en cause. » Même l'article 883 n'est nullement violé : M. Labbé (4) l'a très bien montré : « Il est d'ailleurs indifférent, dit-il, à la solidité de la propriété sortie de l'indivision, que le prix dû et payé par l'héritier adjudicataire, soit distribué d'une façon ou d'une autre au marc le franc ou par ordre entre les créanciers des copartageants. Puisque cela est étranger au but que le législateur a en vue, oublions la fiction, restons dans la réalité pour régler les rapports de ces créanciers entre eux. » Enfin « il y a plus : la force des choses s'oppose à ce que l'article 883 soit appliqué aux tiers. En effet, la portion du prix de licitation attribué au constituant n'étant pas une valeur de succession, il est impossible d'y appliquer le principe de la rétroactivité établie par l'article 883, c'est-à-dire, de considérer le constituant comme le tenant directement du défunt et comme n'ayant jamais eu aucun droit dans l'immeuble (2). » Pour toutes ces raisons, plusieurs auteurs et quelques décisions de jurisprudence se sont prononcés pour la survie du droit de préférence au droit de suite (3).

Cependant l'ensemble de la jurisprudence (4) et beau-

(1) Note Labbé sous Alger, 4 avril 1877, S. 80. 2. 145.

(2) Note anonyme, sous Angers, 8 mars 1876 et Alger, 8 janvier 1877, S. 77. 2. 169.

(3) Proudhon, V, 2392 ; Rodière, *Rev. de lég.*, 1852, I, p. 309 ; Daniel de Folleville, *Rev. gén. du dr., de la légis. et de la jurispr.*, 1877, p. 403 ; Aubry et Rau, § 623, texte et note 24, 4^e éd., V, p. 563 ; Aix, 23 janvier 1835, J. G., V^o Priv et hyp., 2290 et V^o SSⁿ, 2092, S. 35. 2. 267 ; Alger, 4 avril 1877, précité.

(4) Angers, 8 mars 1876, D. 78. 2. 185, S. 77. 2. 169 ; Alger,

coup de jurisconsultes (1) ont adopté la doctrine contraire. Ils font subir au droit de préférence même sort qu'au droit de suite et c'est, croyons-nous, à juste titre.

En effet, le privilège immobilier comme l'hypothèque ne comprend pas deux droits : le droit de suite et le droit de préférence ; il n'engendre, à vrai dire, que le droit de préférence, et le droit de suite n'est qu'un moyen mis par la loi à la disposition du créancier pour l'exercice du droit de préférence (2). L'une et l'autre se conservent et périssent en même temps. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'un texte autorisât cette dérogation aux principes généraux. La loi n'a pas permis de faire des distinctions là où elle n'en a point fait ; l'article 883 est absolu et s'applique non seulement aux rapports des communistes entre eux, mais encore aux rapports de leurs créanciers entre eux. Si le cohéritier adjudicataire est réputé tenir ses droits du défunt, l'immeuble qu'il a acquis ne peut être grevé d'aucun droit du chef de ses cohéritiers, pas plus du droit de préférence que du droit de suite.

Il y a même un texte qui empêche d'adopter la théorie contraire : l'article 2125 du Code civil ne permet à ceux qui ont des droits résolubles dans certains cas, de consentir

8 janvier 1877, D. 78. 2. 185, S. 77. 2. 169 ; Caen, 18 mai 1877, S. 78. 2. 125 et sur pourvoi req., 16 avril 1888, D. 88. 1. 249, S. 88. 1. 216.

(1) Demolombe, *SS^{on}*, V, 320 ; Le Selleyer, *SS^{on}*, III, 807 ; Laurent, X, 419 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3324. 3341 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 609.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 609.

qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ; or chaque copropriétaire possède tous les immeubles indivis sous la condition suspensive qu'ils seront mis dans son lot et sous la condition résolutoire qu'ils ne seront pas mis au lot d'un autre copropriétaire. Il ne peut donc donner à ses créanciers plus de droits qu'il n'en a.

Mais, répond-on, cette objection ne porte pas, car l'article 2125 ne vise que l'hypothèse ou des hypothèques ont été consenties pendant l'indivision par l'un des communistes et non celle d'une vente faite par l'un des copropriétaires de sa part indivise : cette vente n'est pas mise à néant par l'adjudicataire sur licitation, elle a encore après l'adjudication un effet entre les parties, puisque l'acheteur a droit aux deux tiers du prix et non pas seulement au tiers ; le tiers cédé par A à B représente une valeur mise dans le patrimoine de B, une valeur mise dans le patrimoine du cessionnaire par le cédant. Or, ce dernier, A, ne pouvant exercer son droit de suite à raison de la fiction de l'article 883, doit pouvoir en équité user de son droit de préférence qui ne nuit pas à C, adjudicataire de l'immeuble.

Cette réponse n'est pas elle aussi sans réplique. Le cédant a transmis une valeur immobilière ; son privilège est donc aussi de nature immobilière : ce privilège immobilier serait né sur la tête du cessionnaire et de son chef ; « il ne pourrait s'exercer sur le prix que parce qu'il aurait frappé l'immeuble. Or, il n'a pu atteindre le bien à raison du caractère de la licitation, la somme due par le copro-

priétaire, qui s'est porté adjudicataire, ne peut être considérée comme prix de vente (1). »

Cette solution est, à notre avis, inévitable, mais choque l'équité; aussi serait-il à désirer que l'on introduise une distinction dans la loi entre le droit de suite et le droit de préférence. L'occasion s'en est pourtant présentée et on ne l'a pas fait : lorsqu'on a réformé par la loi du 31 décembre 1910, l'article 2125 du Code civil, on a empêché les créanciers sur parts et portions indivises, tenant leurs droits de tous les copropriétaires, d'être primés par le privilège du copartageant exercé du chef de l'un d'eux ; on aurait pu étendre cette disposition à tout créancier hypothécaire, fût-il d'un seul des coindivisaires, et au communiste cédant sa part indivise ; pour cela on aurait dû introduire une distinction dans l'article 2125, car celui-ci vise à la fois le droit de suite et le droit de préférence ; il aurait donc fallu réduire à l'exercice du droit de préférence, le droit du copropriétaire cédant sa part indivise et celui du créancier hypothécaire, tenant son titre de l'un ou de quelques uns seulement des communistes, et laisser le droit de suite et le droit de préférence aux créanciers qui ont reçu une hypothèque constituée par tous les copropriétaires de l'immeuble indivis.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 609.

DEUXIÈME PARTIE

Des créances garanties par le privilège du copartageant

Aux termes de l'article 2103-3°, sont privilégiées les créances résultant de l'obligation de garantie dans les partages et celles dues pour soultes ou retours de lots. Tous les auteurs sont d'accord pour compléter cette énumération par l'article 2109, qui mentionne à côté des soultes ou retours de lots, le prix de licitation. L'étude de ces trois créances : créance de garantie, soultes et prix de licitation, formera les trois chapitres de cette partie.

CHAPITRE I

CRÉANCES RÉSULTANT DE L'OBLIGATION DE GARANTIE.

Aux termes de l'article 884 les copartageants sont « respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions. » Nous savons que cette disposition a été inspirée par le principe d'égalité, qui est l'âme des partages, et que cette prescription a été fortifiée par la création d'un privilège spécial, assurant au copartageant créancier de ce chef, un recours efficace.

1° Nous rappelons seulement ici que l'obligation de garantie ne prend naissance que si « les troubles et « évictions viennent d'une cause antérieure au partage » (art. 884). C'est là un principe qui domine la théorie de la garantie. La Cour de cassation (1) en a fait une application intéressante, en décidant qu'en cas d'insuffisance de la somme à distribuer dans l'ordre ouvert sur le prix de la revente d'un immeuble, qui avait été licité entre

(1) Rouen, 4 mars 1865 et sur pourvoi 24 décembre 1866, D. 67. 1. 211; S. 67. 1. 122; Aubry et Rau, § 263, n° 22 bis, III, 5 *id.*, p. 290.

cohéritiers, le préjudice, qui, par suite de l'insolvabilité de l'adjudicataire sur licitation, en résulte pour le cohéritier non utilement colloqué, ne donne pas lieu de sa part contre le cohéritier, qui vient en ordre utile, à la garantie de droit entre cohéritiers, si cette insolvabilité n'est survenue que postérieurement au partage.

2° Faisons encore remarquer que l'obligation de garantie cesse également « si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage » et « si c'est par sa faute que le cohéritier souffre de l'éviction » (art. 884). Le copartageant, qui, par exemple, a négligé de prendre inscription pour conserver son privilège, ne peut faire retomber sur ses cohéritiers une omission dont il est seul coupable. Du jour du partage, dit le jugement précité du Tribunal civil de Rouen, « les copartageants sont devenus pour tout ce qui concerne la réalisation des valeurs qui en faisaient l'objet des tiers l'un par rapport à l'autre, chacun d'eux devant pourvoir, comme il l'entendrait, à ses risques et périls, à la conservation et au salut des créances qui lui étaient échues ; comme ils avaient à leur charge les chances de déprissement, ils devaient avoir à leur profit tous les moyens légaux de conservation ; ... ils étaient dès lors autorisés à s'assurer contre tout concours, les causes de préférence admises par la loi ; les diligences qu'ils ont faites dans ce but se trouvent vis-à-vis de leurs créanciers, quels qu'ils soient, placés sous la protection de la maxime *Jura vigilantibus subveniant*. »

3° Enfin nous devons ajouter qu'aux termes de l'article 885 « chaque cohéritier est personnellement obligé en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. » Le recours en garantie naît donc divisé et le copartageant victime de l'éviction n'a un privilège sur les biens immeubles de ses copartageants, que pour la somme dont ils sont redevables, non pour la totalité de la valeur de l'objet évincé.

Sous le bénéfice de ces quelques observations essentielles sur la théorie générale de la garantie, entrons maintenant dans l'étude détaillée des créances, pouvant naître de l'obligation de garantie ou s'y rapporter, et voyons quelles sont celles de ces créances qui donnent lieu à l'exercice du privilège du copartageant.

§ 1^{er}. — OBJET SUR LEQUEL PORTE L'ÉVICTION

Si la cause de l'éviction est prise en considération, pour accorder ou refuser au copartageant le recours en garantie et le privilège qui l'accompagne, l'objet sur lequel porte l'éviction importe peu : que l'éviction se produise sur un immeuble ou un meuble, sur une chose corporelle ou incorporelle, le recours de l'article 884 et le privilège de l'article 2103-3° prennent naissance. Cette solution suppose que plusieurs cohéritiers sont appelés à se partager des immeubles ou des créances dont ils ne recueillent pas le

bénéfice, ils doivent en être considérés comme évincés, puisque l'égalité du partage est détruite. Le cohéritier qui a consenti à prendre une créance dans son lot doit être traité comme s'il avait eu un immeuble dont il se trouverait dépossédé, et non pas comme un cessionnaire à qui le cédant doit seulement la garantie de l'existence de la créance, mais non la solvabilité du débiteur cédé : ici nous sommes en face d'un partage ; or, dans cet acte le principe d'égalité domine. Le même raisonnement peut s'appliquer au cas où l'éviction porterait sur une chose corporelle mobilière : si le partage a attribué à chaque copartageant une part égale dans les meubles et les immeubles, celui qui, dans la suite, subit une éviction portant sur la partie mobilière, peut recourir en garantie contre ses copartageants et exercer le privilège de l'article 2103-3° sur les immeubles attribués à ceux-ci (1).

En admettant ainsi l'existence du recours en garantie et du privilège au cas où l'éviction porte sur une créance, n'allons-nous pas, puisque cette éviction résultera le plus souvent de l'insolvabilité du débiteur, assurer le remboursement des créances partagées, en leur conférant une sûreté particulière, qu'elles n'auraient pas d'après leur titre originaire ? Dans notre matière, « à la différence de ce qui a lieu dans le droit commun, dit Paul Pont (2), d'après lequel celui qui cède une créance en garantit

(1) Pont, I, 203 ; Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 172 ; Baudry Lacantinerie et de Loynes, I, 612 ; Guillouard, II, 506.

(2) Paul Pont, I, 203.

l'existence, mais ne garantit pas en principe la solvabilité du débiteur cédé, les héritiers répondent de la créance non seulement quant à son existence, mais encore quant à la valeur même pour laquelle elle a été prise au moment du partage : c'est à cette condition seulement que les lots auront été légalement formés. » De ce que le cohéritier a une obligation plus étendue que le cédant, il ne faut pas en conclure qu'il devra garantir éternellement la solvabilité du débiteur; il doit garantir la solvabilité de ce dernier au moment du partage. Si donc l'insolvabilité est antérieure au partage, le privilège peut être invoqué; si elle est postérieure aucun recours en garantie n'est possible; il suffira donc qu'au moment du partage le débiteur soit d'une solvabilité notoire ou qu'il y ait en la possession du copartageant attributaire de la créance, un moyen d'obtenir son paiement pour que tout recours en garantie soit écarté : grâce à cette distinction, il est impossible de reprocher au privilège du copartageant de conférer aux créances partagées, dans aucun cas, une sûreté spéciale, dont elles ne seraient pas pourvues dans leur titre originaire (1).

(1) Voici l'explication concrète faite de cette idée par la Cour de Grenoble dans son arrêt du 2 août 1864 (D. 64. 2. 196) : Dans un partage de communauté, le mari survivant prend à sa charge et dans son lot, une créance de la communauté, sur un de ses enfants au lieu de se faire payer, comme il le pouvait par voie de rapport et de prélèvement sur la part de cet enfant dans l'actif de communauté; l'insolvabilité survient postérieurement au partage; il n'est pas permis au mari ou à ses héritiers d'invoquer le privilège du copar-

Du reste cette distinction n'est pas une innovation des auteurs, l'article 886 l'applique aux rentes : « il n'y a pas lieu à garantie, à raison de l'insolvabilité du débiteur quand elle n'est survenue que depuis le partage. » Par analogie n'est-il pas permis d'appliquer ce que dit le Code au sujet des rentes à toute autre créance due à un copartageant par suite de l'attribution qui lui en a été faite ?

§ 2. — DES DIFFÉRENTES CAUSES D'ÉVICTIONS

Nous avons été amené à parler de l'éviction d'une créance pour cause d'insolvabilité du débiteur ; cette hypothèse est la plus simple, mais il y a en outre des hypothèses plus complexes qui prêtent à des discussions entre auteurs.

1^o Remboursement d'une dette payée en l'acquit d'un copartageant

L'un des copartageants peut être contraint de payer une dette commune au-delà de la part qu'il devait supporter, soit en vertu des principes généraux du droit, soit en vertu d'une clause du partage : il est mis, par exemple, dans un lot un immeuble hypothéqué et l'attributaire de

tageant, lors de la distribution du prix des immeubles de l'enfant débiteur, alors même que ces immeubles seraient provenus à ce dernier de la communauté partagée.

ce lot est obligé de payer en qualité de tiers détenteur la totalité de la dette garantie, alors qu'il ne devait la supporter que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. Il y a ici une éviction : l'attributaire de l'immeuble devait en devenir seul propriétaire sans bourse délier; or il a payé pour éviter la saisie de son bien, la totalité d'une dette qui ne lui incombait qu'en partie : l'égalité du partage est rompue (1).

Mais l'argument que l'on peut tirer du principe d'égalité n'est pas suffisant pour déclarer que le copartageant évincé a droit d'exercer le privilège de l'article 2103-3°, pour assurer le remboursement que lui doivent ses copartageants : cet argument est de ceux qu'il est permis au législateur d'invoquer pour créer une disposition juridique, mais il ne peut pas satisfaire l'interprète. Avons-nous d'autres motifs d'accorder le privilège du copartageant à l'attributaire qui a payé la dette d'autrui?

A. Quelques auteurs le contestent : « Il ne peut être question, dit Grenier (2), du privilège établi par les articles 2103 et 2109. La raison en est simple : c'est qu'il

(1) Pothier, *Tr. de la Communauté*, n° 762 : « Je pense, disait-il, traitant l'hypothèse où le mari avait payé la part incombant à la femme dans les dettes de communauté, qu'on ne peut refuser au mari pour son action d'indemnité une hypothèque privilégiée sur les conquêts échus à la femme par le partage; la femme ne pouvant avoir droit de prendre part aux biens de la communauté qu'à la charge de payer les dettes. »

(2) Grenier, II, 399.

ne s'agit alors que d'une action en répétition d'une créance acquittée pour autrui. Aussi Lebrun restreint le privilège des cohéritiers à deux cas., dont l'un est celui de la garantie pour éviction qui pourrait avoir lieu et l'autre celui du paiement des soultes et retours de lots. » Laurent (1) est encore plus formel : « Le Code, écrit-il, n'accorde le privilège que pour les soultes et la garantie, or le paiement d'une dette de succession ne rentre dans aucun de ces cas. » Ces deux auteurs se fondent donc sur l'interprétation limitative de l'article 2103-3°, pour refuser l'application du privilège du copartageant à cette cause d'éviction.

Duranton (2) ajoute un autre argument à ceux de Laurent et de Grenier. Se plaçant dans l'hypothèse où le mari paie la part que la femme ou les héritiers de celle-ci doivent supporter dans les dettes de communauté, il dit : « L'article 884 n'accorde l'action en garantie que pour des évictions dont la cause est antérieure au partage ; or ici la cause de la perte éprouvée par le mari, c'est le défaut de remboursement des sommes que lui devait sa femme ou les héritiers de celle-ci, évidemment, et ce fait est postérieur au partage, puisque, par le partage lui-même, on a suivi la foi de la femme et que ce n'était que postérieurement au partage que ce remboursement devait avoir lieu. »

Enfin, à côté de ces arguments de textes, ces auteurs font valoir les inconvénients d'un privilège trop étendu au

(1) Laurent, XXX, 40.

(2) Duranton, XIX, 187 et 188.

préjudice des créanciers personnels de l'héritier et des dangers qu'il présenterait pour les tiers.

B. Pour réfuter cette théorie, Marton (1) construit une théorie très originale, qui, si elle était exacte, la mettrait à néant. D'après lui, lorsqu'un copartageant obtient des biens d'une valeur supérieure à celle de sa part indivise dans l'actif, à la charge stipulée par l'acte de partage, d'acquitter dans les dettes une quotité plus forte que sa portion virile, les autres copartageants ont un privilège pour assurer l'exécution de cette charge. Mais ce privilège ne dérive pas de la partie de l'article 27 de la loi belge de 1851 — lequel se rapproche beaucoup à cet égard de notre article 2103-3° — relative à la garantie du partage, mais de celle relative au paiement des soultes ou retours de lots. « Les sommes, dit-il, qu'un copartageant doit payer, à la décharge personnelle d'autres copartageants, en compensation de ce qui dépasse sa part virile dans l'actif, forment de véritables soultes. » Se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation française (2), il prétend que, dès qu'un cohéritier paye une somme d'argent pour devenir propriétaire des biens qui leur sont attribués, il y a une soulte et qu'il importe peu que cette somme soit payée à des tiers ou aux cohéritiers, l'origine et la cause de cette obligation du communiste, devant seules être considérées pour savoir s'il y a là une soulte ou non.

(1) Marton, II, 585.

(2) Cass., 2 juillet 1844, S. 44. 1. 828.

Nous ne pouvons adhérer à cette théorie ; car la soulte est la somme ou valeur attribuée à l'un des copartageants en compensation de l'inégalité de son lot, « en retour de cette inégalité », dit M. Guillouard (1). Il faut donc pour qu'il y ait une véritable soulte que la somme dont le copartageant est débiteur soit due à un autre copartageant et qu'il y ait inégalité dans le partage. La première condition résulte des mots « retour de lots » placé dans l'article 2103-3°, à côté du mot « soulte » ; ces termes joints l'un à l'autre signifient bien que la soulte doit être due à l'un des copartageants par un autre copartageant, à un lot par un autre lot. Or il est certain que cette condition n'est pas remplie ici. Quant à la seconde condition, elle ne l'est pas non plus ; le copartageant débiteur n'a pas reçu un lot excédant sa part puisque les biens qui forment son lot sont grevés d'une dette due à un tiers qui doit en être déduite : il y aurait inégalité, si, déduction faite de cette dette, le lot du copartageant débiteur était encore supérieur à la part qu'il devait prendre dans l'indivision : l'égalité ou l'inégalité des lots s'apprécie après que la soustraction des dettes, compris dans chaque lot, a été opérée.

C. Les auteurs (2) et la jurisprudence se sont pro-

(1) II, 509.

(2) Persil, I, sur article 2103, § 3, V ; Troplong, I, 239, 5° ; Pont, I, 205 ; Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 172 ; Guillouard, II, 509 ;

noncés, à juste titre, contre le système de Grenier, Laurent et Duranton, tout en ne se rangeant pas à la doctrine de Marton (1). Voici comment on peut justifier leur opinion :

1° Il n'y a d'abord pas lieu de s'arrêter à l'objection tirée des inconvénients pratiques de l'extension du privilège du copartageant à notre hypothèse : en effet le privilège n'est efficace que s'il est rendu public par une inscription ; les tiers sont donc avertis avant de traiter avec le copartageant ; « quant aux créanciers antérieurs, ils ne sont pas reçus à se plaindre de ce que l'hérédité échue à leur débiteur ne tombe sous leur action qu'après défalcation faite des biens en suffisance pour libérer le passif. C'est là de la pure équité : elle s'exerce ici par la voie du privilège au profit des cohéritiers, comme les créanciers directs de la succession sont admis par l'article 878 à l'exercer à l'encontre de ceux de l'héritier » (2).

2° Les arguments de texte invoqués contre notre théorie ne sont pas non plus sans réponse : l'article 2103-3°, donne un privilège pour « la garantie des partages » ; n'entre-t-il pas dans cette garantie, le moyen d'assurer le paiement de la quote-part des dettes échues à chaque copartageant ? Que deviendrait le principe d'égalité, si le

Planiol, II, 2910 ; Beudant, II, 503 ; Lépinos, III, 1078 ; Thézard, 280 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 614.

(1) Req., 2 avril 1839, S. 39. 1. 380 ; J. G. V° Priv. et hyp., 449 ; Toulouse, 15 janvier 1841, S. 41. 2. 238 ; Paris, 2 février 1884, D. 85. 2. 39.

(2) Conclusions de l'avocat général à l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 avril 1839 précité.

paiement des dettes par celui à la charge duquel elles sont mises, n'était pas garantie par une sûreté efficace ? Comme le faisait remarquer avec exactitude le conseiller rapporteur à l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 2 avril 1839 : « On voit beaucoup de partages opérés sans convention de soulte et retour ; mais on en voit peu qui ne contiennent l'obligation de payer une quote part des dettes. Faudra-t-il accuser la loi d'imprévoyance en supposant qu'elle a su garantir l'égalité des partages que pour les cas de soultes et non pas pour les cas les plus fréquents, ceux d'une juste répartition des dettes ? » Accorder le privilège du copartageant dans notre hypothèse, ce n'est donc pas aller à l'encontre des termes de l'article 2103-3° : c'est leur donner une interprétation exacte et utile.

C'est ce que n'admet pas Laurent (1), qui voit dans l'argument de l'arrêt du 2 avril 1839, une contradiction avec la jurisprudence antérieure : « De ce que, dit-il, la loi a voulu garantir l'égalité des partages, on ne peut pas en conclure qu'elle a entendu accorder un privilège dans tous les cas, où l'égalité risquerait d'être blessée : on ne le voit pas surtout quand il s'agit du privilège, car c'est se prévaloir de l'esprit de la loi contre le texte, pour étendre le privilège à un cas que la loi ne prévaut pas, ce qui aboutit à créer des privilèges ; et la Cour de cassation ne rappelle-t-elle pas dans tous ses arrêts que les privilèges sont de droit étroit ? »

(1) Laurent, XXX, 40.

La Cour de cassation n'étend pas l'article 2103-3° à un cas imprévu, comme le prétend Laurent, elle ne fait qu'interpréter les mots « garantie des partages. » Ce n'est pas tant ici sur le principe d'égalité que nous nous fondons pour accorder le privilège, que sur les termes même du Code. Il n'y a pas de notre part extension des termes d'un de ses articles, mais interprétation d'une expression obscure, interprétation conforme à la raison et nullement en contradiction avec la jurisprudence incontestée et incontestable sur la portée limitée des textes concernant les privilèges.

3° Si l'extension de l'article 2103-3° est permise en faveur de celui qui paye une dette à la décharge de son copartageant on se heurte, dit-on, à l'article 884 : il n'y aurait pas d'abord éviction aux termes de ce dernier; et quand bien même, ajoute Duranton, on ferait rentrer cette hypothèse dans celles prévues en cet article, celui-ci demeurerait inapplicable; car la cause de cette éviction, non remboursement des dettes par celui qui devait les acquitter aux termes du partage, serait postérieure au partage.

Il paraît soutenable en effet que l'article 884 ne prévoit pas notre hypothèse, mais cette lacune est comblée par les articles 870 et 873. Ce dernier est particulièrement formel : « Les héritiers, dit-il, sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion virile et hypothécairement pour le tout, sauf le recours soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légat-

taires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer. » Puisque nous n'avons pas besoin d'invoquer l'article 884 pour fonder le recours du copartageant qui a payé en l'acquit d'un autre, l'argument de Duranton s'évanouit : que nous importe que la cause qui motive le recours soit antérieure ou postérieure au partage si l'article qui établit l'action en garantie, ne s'occupe pas de la date de cette clause.

De plus, si nous prouvons la légitimité du recours entre copartagés dans notre hypothèse, nous devons le doter du privilège de l'article 2103-3°, d'abord pour les raisons théoriques que nous avons données ci-dessus et aussi pour cette considération pratique à savoir, que, dans bien des cas, la subrogation légale du cohéritier, qui a payé pour le compte de son cohéritier, ne serait pas suffisante pour lui assurer la restitution de ses avances : l'égalité serait par là même brisée.

Nous devons enfin faire remarquer qu'il n'y a pas à vrai dire dans notre hypothèse, une éviction ordinaire : ce qui le prouve c'est que celle-ci ne rentre pas dans les termes de l'article 884 : il y a plutôt inexécution d'une clause de partage : or comme le montre l'avocat général dans ses conclusions à l'article précité de 1839, l'article 2103 3° « assure le privilège pour la garantie des partages, c'est-à-dire pour l'exécution de toutes les clauses et conditions, qui peuvent être stipulées, comme constitutives d'un partage. » L'inexécution d'une de ces clauses ne peut être que postérieure au partage ; si on appliquait

donc ici la théorie de l'éviction proprement dite, il n'y aurait jamais lieu à un recours entre copartageants de ce chef. L'article 2103-3°, aurait donc par ces mots « garantie des partages » donné un privilège pour la bonne application de toutes les clauses des partages, et l'article 884 empêcherait ce privilège de s'exercer dans n'importe quel cas ! Cette contradiction entre ces deux articles n'est qu'apparente : il est possible de les concilier en disant que l'article 884 concerne les évictions venant des tiers et non celles ayant pour cause un fait imputable à l'un des copartageants, et que ces dernières sont régies uniquement par les articles 873 et 2103-3°, lesquels ne tiennent aucun compte de la date de la cause de l'éviction. En conséquence, grâce à la combinaison des articles 2103-3°, 870 et 873, le privilège du copartageant doit être accordé au copartageant qui a payé une dette au delà de sa part et à la décharge d'un autre copartageant, principalement contre celui qui aurait dû, aux termes du partage, la supporter en entier et qui n'en a rien fait, et subsidiairement contre tous les autres copartageants, au cas où celui qui n'a pas acquitté la dette est devenu insolvable.

Toutefois, il n'y aurait pas lieu au privilège, si le paiement de la dette avait été volontaire. Grenier avait tort d'affirmer, sans faire de distinction, qu'il s'agissait toujours, dans notre hypothèse, d'une « action en répétition, d'une créance acquittée pour autrui. » Sa théorie devient

exacte si le copartageant qui a payé à la décharge d'un autré, l'a fait sans y être contraint par suite de quelque action solidaire, hypothécaire ou autre (1) (art. 1236).

En effet, la situation n'est plus la même si le copartageant a payé volontairement la dette de son cohéritier au lieu de renvoyer le créancier se pourvoir contre son débiteur direct : il n'est plus question ici d'une sorte quelconque d'éviction, mais il y a seulement paiement d'une dette d'autrui, sans y avoir d'intérêt personnel, sans qu'il y ait eu crainte, de la part du copartageant qui a payé, de voir l'immeuble dont il est attributaire, lui échapper par l'exercice d'une action hypothécaire et pour d'autres causes.

La situation n'est plus encore la même, si l'un des copropriétaires a, pendant l'indivision, remboursé les dettes de la succession ; dans ce cas, le communiste n'a pas de privilège pour assurer le remboursement partiel que lui doivent les autres copropriétaires à concurrence de leur part et portion viriles. L'espèce s'est présentée devant les tribunaux (2) et il y a de multiples raisons de refuser le privilège : si ce copartageant a payé c'est qu'il l'a bien voulu ; il n'a donc qu'une action en répétition d'une créance acquittée pour autrui (art. 1236). Du reste on « ne peut voir, dit l'arrêt précité de la Cour de Caen, sans forcer les termes de la loi, dans le défaut de rembourse-

(1) Toulouse, 15 janvier 1841, S. 41. 2. 38.

(2) Caen, 20 juillet 1836. *Jurisp. de la Cour de Caen*, t. II, année 1838, p. 386.

ment de cette créance, une éviction quelconque. » Enfin ce copartageant aurait dû, pour jouir du privilège, stipuler au moment du partage, soit implicitement, soit explicitement un recours; en ne le faisant pas il s'est contenté des garanties attachées à la créance et a suivi la foi de ses cohéritiers.

2° Rapports et Restitutions de fruits

D'autres créances peuvent, à côté de l'hypothèse que nous venons d'étudier, surgir entre les copartageants, par suite des rapports qu'ils doivent faire ou des restitutions de fruits perçus par l'un au détriment des autres pendant l'indivision. — Ces créances sont-elles garanties par le privilège de l'article 2103-3°?

Il ne peut être question du privilège si les créances de cette sorte sont attribuées par le partage à celui qui les doit; elles s'éteignent par confusion et il n'y aura jamais lieu à garantie de ce chef.

I. Rapports. — Nous n'avons pas à nous occuper des cas où le rapport doit se faire en nature; là encore il ne pourra jamais naître des difficultés et il n'y aura jamais lieu à l'exercice du privilège; car les copartageants « ont un droit de propriété sur l'objet soumis au rapport et les aliénations faites par leur cohéritier après l'ouverture de la succession ne leur sont pas opposables (1). »

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 2936.

Quant au rapport en moins prenant les auteurs et la jurisprudence (1) accordent aux copartageants qui en sont créanciers le privilège de l'article 2103-3° : « La masse à partager, dit M. Guillouard (2), comprend d'abord les biens réellement existants, puis ceux qui doivent être rapportés par les cohéritiers et l'exécution du partage serait incomplète si l'exécution du rapport n'étaient pas effectués. Le cohéritier dans le lot duquel est placé un bien qui doit être rapporté par l'un de ses cohéritiers, donnera donc lieu au privilège au cas d'inexécution de l'obligation de celui-ci. » C'est ainsi qu'il a été jugé que le rapport en moins prenant n'est que la représentation ou le prix de la part des cohéritiers dans le bien soumis au rapport et qu'au point de vue du privilège du copartageant ce prix doit être assimilé à un prix de licitation (3).

On pourrait objecter que si l'immeuble, faisant l'objet d'une donation sujette à réduction ou à rapport, est attribué au cohéritier donataire à charge par lui de payer une certaine somme d'argent à ses cohéritiers — mode de rapport qui équivaut à un rapport en deniers — ceux-ci ne peuvent avoir le privilège du copartageant sur

(1) Guillouard, II, 507 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 613 ; Bordeaux, 28 juin 1892. *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 92. 1. 394.

(2) Guillouard, II, 507 ; la citation est exacte juridiquement si l'on comprend le cohéritier dans le lot duquel est placée la valeur du bien qui doit être rapporté en deniers. C'est là une conséquence de la théorie que nous avons ci-dessus admise sur le rapport en nature.

(3) Bordeaux, 28 juin 1892 précité.

l'immeuble attribué au donataire pour la garantie de cette somme ; la raison en est que les charges créées du chef du donataire sont, d'après l'opinion généralement admise, considérées comme n'ayant pas été éteintes, c'est-à-dire que la révocation résultant du rapport est censé n'avoir jamais existé, quand l'immeuble rapporté tombe au lot du donataire ; l'immeuble doit donc être considéré comme étant sorti du patrimoine du *de cujus* le jour de la donation et n'ayant jamais fait partie de la succession. En conséquence le privilège ne saurait le frapper.

Ce raisonnement nous paraît attacher une trop grande importance à une simple fiction et ne pas tenir suffisamment compte du fait que le partage a eu lieu ; or pendant l'indivision l'immeuble ou sa valeur ont fait partie de la masse des biens à partager, ce qui a suffi pour le frapper du privilège. C'est pourquoi l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux a jugé avec raison que l'action en rapport conservait le caractère d'action réelle jusqu'au lotissement résultant du partage et le droit réel qui sert de base à cette action en rapport ne peut se transformer en un droit de créance qu'avec les garanties que la loi a attachées en faveur des cohéritiers.

II. *Restitutions de fruits.* — Les controverses sont beaucoup plus vives en ce qui concerne la question de savoir si le privilège de l'article 2103-3° garantit les créances dues entre copartageants pour restitutions de fruits comme il assure l'exécution du rapport en deniers.

Plusieurs auteurs refusent le privilège en arguant de l'interprétation étroite des textes relatifs aux privilèges : « Aucune loi, aucune disposition du Code civil, dit Grenier (1), n'attribue ni hypothèque ni privilège sur la portion de l'un deux pour la restitution de jouissance. Celui-ci ne peut y être tenu suivant le droit qu'en vertu d'un quasi contrat. Ainsi les créanciers du cohéritier qui est débiteur des jouissances, quoiqu'ils fussent même simples chirographaires, pourraient venir, pour leurs créances, en concurrence et par contribution, avec les cohéritiers créanciers de ces jouissances sur le prix des immeubles mêmes qui devaient former la portion du débiteur de ces jouissances, comme sur le surplus de ses biens. »

Laurent (2) voit, comme Grenier, dans l'action en restitution de fruits, une simple action personnelle, qui n'est nullement garantie par un privilège quelconque : « Il faudrait pour cela, ajoute-t-il, un texte, car la loi seule règle les droits de préférence qui existent entre créanciers... Le législateur aurait pu donner un droit de préférence, peut-être aurait-il dû l'accorder, car les fruits, quand il s'agit d'une restitution de fruits, appartiennent réellement aux héritiers; l'équité veut donc qu'ils en profitent de préférence aux créanciers. Mais l'équité ne suffit pas pour créer un privilège, le législateur a seul ce droit. »

(1) Grenier, I, 459.

(2) Laurent, X, 642.

Duranton (1) tient le même langage : « Si l'on n'a pas donné, dit-il, à ces diverses dettes la qualification de soulte ou retour de lots, elles restent dettes ordinaires et par conséquent privées du privilège, puisque le Code ne l'a établi que pour les soultes ou retours de lots et pour la garantie du partage et le prix des licitations. »

Les Cours d'appel (2), tout au moins jusqu'en 1828 et sauf celle de Riom (3), paraissent avoir suivi l'opinion de ces trois auteurs. C'est ainsi que la Cour de Pau a jugé qu'aucun privilège n'étant conféré aux copartageants pour la restitution de fruits, ils n'ont droit à aucun prélèvement au préjudice des créanciers du cohéritier débiteur de cette restitution.

La majorité des auteurs (4) et l'ensemble de la jurisprudence (5) sont cependant de l'avis contraire et accordent

(1) Duranton, XIX, 187.

(2) Toulouse, 6 juin 1824, J. G. V^o Priv. et hyp., 448, S. 26. 2. 105; Aix, 12 juillet 1826, J. G., *ead.* v^o, 448, S. 28. 2. 345; Pau, 28 juillet 1828, J. G., *ead.* v^o, 448, S. 29. 2. 44.

(3) Riom, 3 juillet 1822. J. G., V^o Prêt et hyp., 448. Riom, 4 février 1828, D. 28. 2. 222.

(4) Troplong, I, 239, 4^o; Pont, I, 204; Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 172, 5 *id.*, p. 290; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 151, 152, § 793, note 15; Thézard, 286; Demolombe, SS^o, XVI, p. 594, n^o 475; Guillouard, II, 507; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 613; Hue, XIII, 117.

(5) Riom, 3 juillet 1822 et Riom, 4 février 1828 précités; Cass., 11 août 1830, S. 30. 1. 63, D. 30. 1. 382; Cass., 3 août 1837. J. N., art. 3985, D. 37. 1. 406, S. 37. 1. 378; Trib. de Valence, 31 mars 1865, *Journ. arr.* de Grenoble et Chambéry, 1866, p. 104; Cass., 15 janvier 1896, D. 96. 1. 441; note de Loynes, S. 96. 1. 497.

le privilège du copartageant pour assurer la restitution des fruits : les fruits en effet doivent être considérés, comme ils l'étaient en droit romain, c'est-à-dire comme faisant partie de l'hérédité, « *Hereditas juris nomen est quod et accessionem et decessionem in se recipit : hereditas autem vel maxime fructibus augetur* (1). » « Les fruits perçus, écrit M. Guillouard (2), doivent être compris dans la masse à partager, puisqu'ils constituent une valeur commune au même titre que les biens qui les ont produits. » C'est encore ce que constate la Cour de cassation (3) : « Les restitutions de fruits, que doivent les héritiers, constituent un élément de la masse de la succession dont le privilège a pour objet d'assurer l'égale répartition. »

Au surplus les termes « garantie des partages » employés par l'article 2103-3° sont suffisamment explicites ; ils donnent le privilège pour assurer l'exécution de toutes les clauses et conditions du partage ; or c'est par le partage qu'il a été stipulé que le copartageant paierait aux autres une somme déterminée représentant la valeur des fruits qu'il a perçus pendant l'indivision au-delà de sa part. Cette clause du partage est donc garantie par le privilège du copartageant.

(1) L. 178, D. *de Verb. signific.* (l. 16) ; L. 20, § 5, D. *de hereditatis petitione*, V, 3. L. 9 *eod. Familix erciscundæ*, III, 3, 6 (Note tirée de M. Guillouard, II, 507.

(2) Guillouard, II, 507.

(3) Cassation, 15 juillet 1891, précité.

Enfin pourquoi accorderait-on le privilège de l'article 2103-3° pour garantir l'exécution des rapports et le refuserait-on quand il s'agit d'une restitution de fruits ? La restitution de fruits est une dette due à la succession et elle peut être assimilée à une dette qui serait due au défunt lui-même par un héritier : celle-ci ferait l'objet d'un rapport ; pourquoi n'en serait-il pas de même de celle-là ? Laurent (1) objecte qu'on « conçoit l'assimilation des dettes et des donations, parce que les unes et les autres procèdent du défunt, et l'on peut dire que le défunt a voulu maintenir l'égalité entre ses héritiers pour les dettes aussi bien que pour les donations. Mais quand il s'agit de dettes contractées après l'ouverture de la succession par un héritier à l'égard de ses cohéritiers, l'égalité est hors de cause : l'assimilation de ces dettes à des libéralités devient un non sens. » On peut répondre à cette argumentation : les articles 828 et 829 ne font aucune distinction (2) et on ne voit pas pourquoi l'égalité est ici hors de cause ; au contraire étant de l'essence des partages, elle doit là comme dans toute autre opération être respectée afin qu'un héritier ne conserve au détriment de ses cohéritiers un bien qui doit faire partie de la masse à partager.

M. de Loynes fait à bon droit remarquer (3) qu'en accordant le privilège pour assurer le remboursement des

(1) Laurent, X, 642.

(2) Cass., 24 février 1829. J. G., V° SS^{on}, 1235. Cass., 29 mars 1892, D. 92. 1. 168.

(3) Note sous Cass., 15 juin 1896, précité.

fruits perçus, les intérêts des copartageants seront sauvegardés dans tous les cas. « Si le partage n'a pas encore été effectué, les cohéritiers peuvent prélever sur la masse indivise une valeur égale à la somme dont l'un d'eux est débiteur envers la succession. Ajoutons que ces prélèvements s'exercent par préférence aux créanciers personnels de l'héritier débiteur (1). Si au contraire le partage a eu lieu, s'il est définitivement accompli par le tirage au sort des lots, il ne peut plus être question de prélèvement. Mais les héritiers auquel il a été attribué en totalité ou en partie la créance de la succession contre un de leurs cohéritiers, peuvent se prévaloir du privilège du copartageant et du droit de préférence qui y est attaché : seulement il ne grève que les immeubles héréditaires. »

Il est bon de faire remarquer que le privilège garantira toute restitution de jouissances que l'un des copartageants a perçues au détriment des autres, et cela même sans distinction entre les jouissances postérieures à la date des hypothèques acquises par les tiers et les jouissances antérieures : qui dit privilège, dit tour de faveur ; or, si on accorde un privilège, on doit le donner contre les uns et contre les autres, car il prend sa source dans l'obligation où se trouve le copartageant qui a joui des fruits, de les rapporter à la masse à partager à quelque époque que le partage ait lieu (2).

(1) Cass., 29 mars 1892, *préité*.

(2) Riom, 3 juillet 1822. J. G., *V^o Priv. et hyp.*, 448.

3° Détournements et recelés

De ce que le privilège est accordé au copartageant créancier d'un autre copartageant dans les hypothèses que nous venons d'étudier, il ne faut pas en déduire que le privilège garantit toutes les créances d'un copartageant contre un autre copartageant ; l'article 2103-3° ne vise, pour s'en tenir à la partie dont nous nous occupons, que « la garantie des partages ». Le privilège ne garantit donc que les créances ou actions nées entre copartageants, soit implicitement, soit explicitement, d'un partage, c'est-à-dire d'une disposition de la loi ou d'une clause spéciale de l'acte de partage.

On voit une application importante de ce principe à propos de la restitution imposée au cohéritier qui a détourné ou recélé des objets dépendant de la succession. Cette créance contre l'héritier recéleur est née à l'occasion de la succession, mais non de l'acte de partage. Elle prend naissance dans le jugement qui ordonne la restitution : en conséquence elle n'est pas garantie par le privilège du copartageant (1).

C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour d'Agen (2). Attendu que la créance pour recelés ne peut rentrer dans

(1) Aubry et Rau, § 263, III, 4^e éd., p. 172 ; Thézard, 286 ; Laurent, XXX, 41 ; Guillouard, II, 511 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 615.

(2) Agen, 22 décembre 1846, D. 47. 2. 87, S. 47. 2. 204.

les termes de l'article 2103-3° ; car, « tant que dure l'indivision, les cohéritiers sont tous copropriétaires de chacun des objets qui composent l'hérédité ; le lot de chacun d'eux et les objets auxquels il est censé avoir succédé seul et immédiatement ne sont déterminés que par le partage ; c'est donc alors seulement que l'obligation de garantie prend naissance ; qu'ainsi le privilège qui y est attaché ne peut pas avoir d'autre origine que le partage ; qu'au surplus les termes de l'article expriment très clairement qu'il n'est établi que pour garantir les effets et assurer l'exécution des partages faits entre cohéritiers. »

A ces considérations, l'arrêt précité ajoute les inconvénients qui résulteraient, au point de vue pratique, de l'existence d'une créance privilégiée pouvant rester longtemps occulte : il n'y aurait aucune sécurité pour les tiers qui traiteraient avec le copartageant recéleur sur la foi d'un partage accompli.

Enfin le privilège ne peut être invoqué contre quelqu'un qui n'a aucun droit dans les objets qui ont fait l'objet du détournement puisqu'il doit être privé de toute part dans ces objets (art. 792). Le partage doit donc être dans ce cas inégal, puisque l'héritier recéleur ne doit prendre aucune part dans les objets qu'il a latités « or, dit Laurent (1), la loi ne donne pas de privilège pour garantir l'inégalité des partages : non que cette inégalité ne soit pas parfaitement

(1) Laurent, XXX, 41.

juste ; mais il s'agit d'une peine et la loi a négligé d'assurer l'exécution de la pénalité qu'elle prononce. »

Fût-elle même antérieure au partage, la condamnation pour divertissements ou recelés ne donnerait pas encore lieu à l'exercice du privilège. Les textes le veulent ainsi ; mais les copartageants créanciers auraient un moyen de se faire payer ; ils opéreraient des prélèvements égaux à la valeur des objets latités.

Si, au contraire, le partage est consommé, les cohéritiers n'ont plus qu'une action personnelle quand les détournements portent sur des sommes d'argent ou une action en revendication, quand ils ont pour objet un corps certain resté en la possession du recéleur. Mais si au lieu d'employer ces voies, ils font annuler le partage pour une cause quelconque, l'indivision venant à renaître, il y aurait lieu d'autoriser le prélèvement par les copartageants d'une somme égale à celle latitée, sur la part revenant au receleur (1).

4° Préjudices et frais occasionnés par le fait d'un copartageant

Nous refuserons encore le privilège du copartageant pour la garantie des sommes dues par un cohéritier à raison d'un préjudice causé depuis l'ouverture de la succession, préjudice qui résulterait, par exemple, de ce que

(1) Agen, 22 décembre 1846, précité.

ce dernier n'aurait pas rapporté mainlevée des inscriptions qui frapperaient de son chef les immeubles de l'auteur commun, ne faisant pas partie de son attribution. « Les copartageants créanciers tiennent leur droit d'une omission, d'une faute commise par l'un d'eux et leur créance ne résulte pas du partage ; il n'y a donc pas lieu d'invoquer ici l'article 2103-3° en ce qu'il concerne la « garantie du partage (1). »

Il en est de même pour la créance provenant des frais occasionnés par des contestations soulevées par quelques créanciers d'un copartageant contre les opérations du partage. Nous entendons par frais le montant d'une condamnation des copartageants aux dépens. En effet cette condamnation est la peine du plaideur téméraire et la créance qui en résulte contre le copartageant qui a nécessité les frais, n'a pas sa source dans le partage, mais dans l'action intentée par un des tenanciers de ce copartageant, conformément à l'article 882 : elle n'est donc pas privilégiée. Du reste ajoute l'arrêt de la Cour d'Orléans précité, prélever les dépens « sur la part du débiteur commun, qui d'ailleurs n'a élevé personnellement aucune contestation, ce serait en faire supporter une portion par ceux de ses créanciers qui n'ont pris aucune part au procès, ce qui serait souverainement injuste. »

Mais si la contestation n'avait été provoquée que dans le but d'assurer la sécurité des opérations du partage il y

(1) Orléans, 26 juillet 1850, D. 50. 2. 29, S. 50. 2. 49.

aurait lieu de déclarer que les dépens seraient employés comme frais privilégiés de partage. Cette solution très juste a été donnée par la Cour de Dijon (1), pour le cas où les frais de licitation avaient été nécessités par l'état de minorité d'un des copartageants, alors qu'il était constaté qu'ils avaient été exposés dans l'intérêt commun. Ces frais ont rendu possible le partage qui n'aurait pu s'opérer autrement. Nous sommes donc en face d'une créance née à l'occasion du partage et, comme telle, nous devons la déclarer privilégiée. Du reste cette question rentre dans une théorie plus vaste que nous devons entreprendre.

5° Frais du partage ou d'une instance en partage

Si l'un des copartageants paie les frais faits dans une instance en partage ou pour le partage, aurait-il droit au privilège pour assurer le remboursement qui lui est dû par ses copartageants, chacun dans la proportion de ses droits? Cette créance peut-elle rentrer dans la « garantie des partages? » Est-elle née vraiment à l'occasion du partage?

Ces frais ne sont pas privilégiés de leur nature, car les textes n'en parlent pas et doivent être interprétés limitativement. Cette solution est donnée par un arrêt de la Cour de Limoges (2), mais celui-ci ne doit pas être considéré

(1) Dijon, 31 décembre 1891, J. N., art. 2533.

(2) Limoges, 2 juillet 1819, J.N., art. 3430.

comme une décision de principe. Il s'agissait de frais engagés pour régler des difficultés qui s'étaient élevées entre les parties sur les bases du partage, puis les parties négligèrent les divers jugements et arrêts qui avaient résolu ces difficultés et fixèrent entre eux un partage à forfait, sans composition de lots, ni tirage au sort ; si bien que les frais considérables qui étaient dus pour les diverses instances se trouvaient être à la fois inutiles et frustratoires. Du reste nous trouvons dans l'arrêt cette phrase : « En supposant qu'on pût... les faire participer au même privilège, cela ne pourrait s'entendre que des frais utiles non frustratoires et indispensables au partage. » Cet attendu permet de croire que la Cour de Limoges, loin de refuser le privilège pour les frais d'instance, l'aurait accordé, mais seulement pour ceux qui sont utiles et justes. Pourquoi donnerait-on, en effet, un privilège aux plaideurs inconsients qui engageraient des frais considérables pour ne tenir aucun compte des décisions obtenues ? Mais quant aux frais nécessaires pour arriver au partage nous ne voyons pas la possibilité de refuser le privilège ; si le partage est nécessaire pour faire naître le privilège, il faut qu'il soit rendu possible ; or pour cela des frais sont nécessaires. Nous nous trouvons donc en face d'une créance née à l'occasion du partage.

Mais doit-on accorder le privilège de l'article 2103-3° à l'avoué qui a avancé les frais d'une instance en partage ? « Dans tous les cas, dit Dutruc (1), l'avoué peut exercer,

(1) Dutruc, 469 et s.

pour le recouvrement de ces frais, le privilège du copartageant qui appartient à ses clients, privilège qui s'applique à tous les droits transmis à ceux-ci par l'événement du partage, en principal et accessoire. » Cet auteur base son argumentation sur deux arrêts du Tribunal civil de Clamecy (1). Nous avons dit que cette créance pouvait être considérée comme ayant pris naissance à l'occasion du partage : l'avoué exercera le privilège en qualité de subrogé aux droits de son client ; or, de ce chef, il ne pourra le faire valoir que sur les biens des copartageants dont il n'est pas mandataire, non sur l'attribution faite à son client : celui-ci n'ayant pas de privilège sur lui-même ne peut y subroger quelqu'un (2). Pour que l'avoué puisse se servir du privilège du copartageant il faudra donc que son client soit créancier de ses copartageants en vertu d'un des trois chefs des articles 2103-3° et 2109 ; en lui accordant le privilège sans cette réserve, on donnerait plus de droits au subrogé que n'en avait le subrogeant (3).

(1) 30 avril 1845, D. 47. 3. 95 et 12 juin 1846, D. 47. 3. 96. V. note, D. 46. 1. 16.

(2) Cass., 19 mars 1895, D. 95. 1. 427.

(3) L'avoué pour les frais de justice visés par l'article 2101 aura toujours intérêt à révoquer ce privilège général de préférence au privilège spécial de l'article 2103-3°, mais ce privilège de l'article 2101-1 ne peut conserver que les frais faits dans l'intérêt des créanciers de l'hérédité ou exposés pour la réalisation du patrimoine du défunt. Au contraire, pour la conservation des frais exposés dans l'intérêt des héritiers, il se servira dans les conditions indiquées ci-dessus du privilège du copartageant.

6° *Clauses étrangères au partage comprises dans l'acte de partage et créances résultant de l'acte de partage et étrangères au partage.*

Il paraît inutile à première vue de dire que les clauses contenues dans un partage, mais réglant des points étrangers au partage lui-même, ne donnent pas lieu à l'exercice du privilège de copartageant; quoique cette affirmation semble évidente, elle nécessite quelques explications à cause des espèces soumises aux tribunaux qui ont soulevé des controverses. Sans avoir la prétention d'examiner toutes les clauses étrangères au partage qui peuvent cependant s'y trouver, nous nous bornerons aux exemples qui ont été interprétés par la jurisprudence et les solutions que nous donnerons, permettront de résoudre toutes les autres hypothèses.

I. *Délégation.* — Trois enfants procèdent au partage des biens qui leur sont donnés à titre de partage anticipé par leur père; par suite de l'établissement des comptes, il résulte que l'un des enfants, A, est débiteur envers son père de la somme de 10.000 francs et que les deux autres enfants, B et C, sont créanciers de leur père, chacun de la somme de 5.000 francs. Par une clause spéciale du partage, il est stipulé que les enfants, B et C, se paieront par délégation sur la créance due par A à leur père. A tombe en déconfiture, ses immeubles sont vendus, un ordre est

ouvert, B et C vont-ils bénéficier du privilège de l'article 2103-3° et primer les créanciers de A ?

La Cour de Paris (1) a décidé, à juste raison, que le privilège du copartageant ne pouvait être accordé dans cette hypothèse : le mode de paiement de la créance des enfants B et C est bien réglé par une clause du partage ; mais ces « créances ne forment pas un élément du partage. » Les 5.000 francs dus à chacun des enfants B et C, ne leur sont pas dus comme copartageants mais comme délégataires sur A, de la somme que ce dernier devait à l'auteur commun. Le privilège garantit les créances dues à cause du partage, mais non pas celles qui ont une cause antérieure et qui se trouvent réglées dans cet acte, comme elles auraient pu l'être dans tout acte de délégation, antérieur ou postérieur au partage. Donner le privilège du copartageant dans ce cas, ne serait-ce pas accorder à une créance une sûreté particulière qu'elle n'aurait pas d'après son titre originaire ? Enfin les mots « garantie des partages » insérés dans l'article 2103-3° ne concernent que les clauses ayant trait au partage des biens indivis et il est impossible de se retrancher derrière ces expressions pour accorder, dans notre hypothèse, une sûreté qui créerait une véritable anomalie.

II. *Novation A. — Attribution en usufruit.* — Nous donnerons la même solution dans le cas où l'un des coparta-

(1) Paris, 11 février 1873. *Bulletin de la Cour de Paris*, année 1873, p. 654.

geants, qui a acquis un immeuble indivis par une adjudication sur licitation est attributaire — aux termes du partage — de l'usufruit du prix qu'il doit pour le remplir des droits d'usufruit non dispensé d'emploi ni de caution auquel il a droit en vertu de la loi, d'un legs ou bien d'une donation. L'immeuble n'est pas grevé du privilège du copartageant au profit des colicitants nus propriétaires pour la garantie de leur part dans le prix d'adjudication, jusqu'à la cessation de l'usufruit. Cette hypothèse se présente ordinairement dans la pratique lorsque l'époux survivant donataire ou légataire de l'usufruit de la succession de son conjoint, ou même usufruitier dans les termes de l'article 767, se porte adjudicataire d'un immeuble dépendant de la communauté ayant existé entre les deux époux ou de la succession du conjoint prédécédé ; l'époux adjudicataire conserve comme usufruitier la totalité ou la part du prix qui revient aux héritiers de l'époux prédécédé.

La dette de l'époux survivant, soutient Thézard (1), s'éteint par confusion, parce que, créancier et débiteur du montant du prix d'adjudication, il est constitué, aux termes du partage, débiteur du montant de ce prix à un autre titre, à titre d'usufruitier : le privilège du copartageant disparaît donc à l'instant où s'opère cette confusion légale.

Ce système ne nous convainc pas : en effet, le copartageant adjudicataire est créancier de l'usufruit de l'im-

(1) Thézard, *Riom. Critique de Législation*, année 1888, p. 240.

meuble à lui adjugé, mais il est débiteur de la toute propriété du prix : il n'y a pas ici de confusion légale possible, puisque les copartageants non adjudicataires restent finalement créanciers du montant du prix de l'adjudication au jour où l'usufruit prendra fin. Rien ne s'oppose donc à ce que l'immeuble soit grevé du privilège du copartageant et que ce privilège porte sur la nue propriété de l'immeuble pendant la durée de l'usufruit et sur la toute propriété à partir du jour où l'usufruit aura cessé. La théorie de Thézard aurait pourtant une part de vérité, si l'adjudicataire avait droit, outre son usufruit, à une portion du prix en toute propriété ; car, quant à cette portion du prix, il y aurait extinction par confusion ; l'adjudicataire n'en est plus débiteur, mais le privilège continuerait à frapper la nue propriété ou la toute propriété de l'immeuble acquis par le conjoint pour la portion du prix qui lui serait attribuée en usufruit seulement.

Il y a cependant de justes motifs de refuser le privilège dans notre hypothèse tout en rejetant le système de Thézard (sauf cette dernière réserve) : par l'attribution, faite au colicitant adjudicataire, de l'usufruit du prix d'adjudication dont il est débiteur, il s'est opéré une novation par changement de cause ; or, la novation est un mode extinctif des obligations ; en conséquence le privilège s'éteint avec la dette qui a été l'objet de la novation (1) (art. 1728).

(1) Cass., 30 juin 1873, D. 74. 1. 106 ; Cass., 9 août 1882, D. 83. 1. 134 ; S. 83. 1, 402 ; Req. 15 nov. 1886 ; D. 87. 1. 499 ; S. 90. 1. 339.

Cependant les parties auraient pu stipuler dans l'acte de partage que la sûreté attachée à la dette novée, c'est-à-dire au prix de la licitation, subsisterait malgré la novation; cette réserve faite, le paiement du prix de licitation serait garanti par le privilège utilement inscrit du copartageant dès l'exigibilité de ce prix, c'est-à-dire dès le jour où l'usufruit aurait pris fin, sans que l'attribution, faite par le partage, ait aucune influence (art. 1728).

B. *Conversion en rente.* — Le privilège ne garantit pas non plus le paiement de la dette viagère en laquelle a été converti le droit d'usufruit d'un conjoint survivant lors même que cette conversion aurait été opérée dans l'acte de partage : ici encore il y a novation et extinction du privilège de copartageant (1).

III. *Clause stipulant l'entretien d'une servitude*

« Il est souvent fort difficile, fait remarquer Gauthier, de partager des immeubles qui ne forment au moment du partage qu'un seul et même corps, qu'une propriété unique, sans établir entre les différents lots des servitudes ayant pour but de maintenir ou de modifier les rapports

Trib. civ. Seine, 7 novembre 1891, J. G. Supp. V° Priv. et hyp., 122; Cass., 9 décembre 1891, D. 92. 1. 68, S. 92. 1. 59; Trib. civ. Lyon, 24 mars 1899, *Mon. jud. de Lyon*, 31 mai 1899; Guillouard, II, 520; Baudry-Lacantinerie et Loynes, I, 611.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 611; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 630.

qui existaient entre toutes les parties de la propriété et qu'avait créés le père de famille (1). » Or il peut se produire que le partage impose à l'attributaire d'un lot, de faire à ses frais les réparations d'entretien d'une de ces servitudes, profitant à un autre lot : le copartageant, attributaire du premier lot, est, par exemple, chargé, par l'acte de partage, d'entretenir les prises d'eau et les glacis servant à arroser l'immeuble faisant partie du second lot (2). L'attributaire du second lot a-t-il le droit au privilège du copartageant à l'effet de garantir sur les immeubles composant le premier lot, l'exécution de cette clause du partage ?

Avec la Cour de cassation (3) et plusieurs auteurs (4), nous refuserons d'accorder le privilège de l'article 2103-3° pour garantir l'inexécution de cette charge : cette solution est imposée par la nature de cette clause, qui, pour nous, donne naissance à un droit réel.

De ce qu'une servitude est constituée par un partage, il ne résulte pas que les droits qui appartiennent au propriétaire du fonds dominant ou qui lui sont conférés par cet acte pour l'exercice de cette servitude, soient d'une autre nature que celle qu'elle aurait eue, si elle eut été créée

(1) Gauthier, note sous req., 7 mars 1859, S. 59. 1. 904.

(2) Hypothèse faisant l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 24 février 1858, S. 92. 2. 495 confirmé par la Chambre des Requêtes le 7 mars 1859, D. 59. 1. 157, S. 59. 1. 904.

(3) Req., 7 mars 1859, précité.

(4) Pont, I, 207 en note ; Aubry et Rau, § 263, note 18, 4, III, 5^eéd., p. 288. Huc, XIII, 118 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 611.

par un autre contrat. Or, Laurent (1) et M. Guillouard (2) ont prétendu que l'obligation imposée à l'attributaire du fonds servant comme modalité de la servitude donnait lieu à une créance éventuelle de dommages-intérêts en cas d'inexécution, créance dérivant du partage et en conséquence garantie par le privilège du copartageant. C'est là une erreur, répond avec juste raison Gauthier (3); cette créance éventuelle n'est pas due par l'attributaire du lot grevé en sa qualité de copartageant, mais seulement en sa qualité de tiers détenteur du fonds assujéti à la servitude : « En pareil cas, dit-il, les droits que la stipulation du partage confère au propriétaire du lot auquel la servitude est due, contre le lot qui est grevé, sont complètement les mêmes que ceux qui lui appartiendraient, si le fonds grevé de la servitude et de la charge d'entretenir ne provenait pas de la succession et appartenait à un étranger. » Si l'on soutenait que la créance éventuelle de dommages-intérêts, qui peut résulter de l'inexécution des travaux mis à la

(1) Laurent, XXX, 29 : « La charge imposée au propriétaire du fonds servant, est certainement personnelle dans son principe; donc il y a une créance et par conséquent une soulté; qu'importe que la loi imprime à cette créance un caractère de réalité en imposant la dette à tout détenteur de l'héritage? Cela n'empêche pas qu'il y ait un droit au profit du propriétaire du fonds dominant, résultant du partage contre l'héritier qui a dans son lot l'héritage servant et contre ses ayants cause; or, d'après les textes, il suffit qu'il y ait un droit; c'est restreindre la loi que de la limiter à une créance purement personnelle. »

(2) Guillouard, II, 508.

(3) Note précitée.

charge de l'attributaire du fonds servant, est garantie par le privilège du copartageant, en vertu du principe d'égalité et de la règle de garantie des lots, on répondrait, poursuit Gauthier, « que cette règle, en vertu de laquelle les copartageants doivent se garantir réciproquement la propriété des objets compris dans chaque lot et l'existence des droits et créances abandonnés à chacun d'eux, ne va pas jusqu'à mettre aux risques et périls et à la charge de tous l'exercice du droit de propriété et des autres droits attachés à l'immeuble dont le partage les a investis et que cette garantie ne s'applique qu'aux cas d'éviction. On répondrait encore que la charge imposée au fonds servant comme condition de la servitude est purement réelle, comme la servitude elle-même, dont elle n'est que l'accessoire et dont elle suit conséquemment le sort, en participant de sa nature et de son caractère ; si bien qu'elle n'atteindrait pas les héritiers ou successeurs universels du propriétaire du fonds servant, mais qu'en revanche, elle atteindrait tous les acquéreurs à titre singulier de ce même fonds. »

Cependant ce caractère réel de la charge d'entretien des travaux, qui a été ajoutée à la servitude, est contestée par Aubry et Rau (1) : d'après ces auteurs, elle ne passe pas comme la servitude elle-même à tous les possesseurs de l'immeuble grevé, et cela parce qu'elle n'est ni un service

(1) § 252, note 3, III, 4^e éd., p. 85.

à rendre par le fonds servant au fonds dominant, ni un usage auquel la chose est assujettie.

Quoiqu'elle ne soit ni un service, ni un usage du fonds servant, cela ne prouve pas qu'elle ne soit pas réelle (1). « Une preuve que cette obligation, poursuit Gauthier, n'existe pas contre la personne, se tire encore de l'article 699, qui déclare qu'en abandonnant le fonds, celui-là même qui a consenti l'obligation peut s'affranchir complètement de la dépense ; donc il n'y est pas personnellement obligé et il n'y a pas de créance contre la personne, mais seulement une charge imposée au fonds. » C'est donc à tort, selon nous, que MM. Aubry et Rau soutiennent que la charge d'entretien ne participe pas de la nature réelle de la servitude et que cette charge tombe sous le coup de l'article 686 (2). Au reste il y a là une contradiction entre leur opinion émise en ce qui concerne le privilège du copartageant et la théorie qu'ils adoptent à propos du caractère de cette charge : de deux choses l'une : s'ils considèrent cette charge comme une obligation d'entretenir imposée par le partage, la servitude est un service

(1) Marcadé sur article 690, n° 1.

(2) Demolombe, sect. II, 880 ; Delvincourt, éd. de 1819, I, p. 578, notes, p. 166, notes 5 et 6 ; Demante, II, 535 bis I ; Duranton, V, 613. C'est encore ce que constate l'arrêt de 1859 précité : « attendu que la charge... rentrait dans le cas particulier prévu par les articles 698 et 699 Cod. Nap. qui permettent par dérogation à la nature passive de toute servitude d'y ajouter des travaux nécessaires à sa conservation en imprimant à ladite charge le même caractère de réalité, qu'à la servitude dont elle est un accessoire et une modalité. »

imposé au propriétaire du fonds servant au profit du propriétaire du fonds dominant, ils doivent accorder le privilège du copartageant pour garantir cette obligation personnelle; si au contraire ils refusent ce privilège, c'est qu'ils voient dans cette charge une obligation réelle.

Nous pouvons donc conclure avec Gauthier : « Si tel est le caractère, si tels sont les effets de la clause dont il s'agit, qu'importe qu'elle ait été stipulée dans un partage ou dans tout autre contrat? Elle ne peut pas plus dans un cas que dans l'autre donner naissance à un privilège ou à une hypothèque qui supposent toujours une créance personnelle, à laquelle ce privilège ou cette hypothèque viennent se rattacher et dont ils forment l'accessoire (1). »

(1) Au reste, la jurisprudence n'est peut-être pas aussi bien établie qu'on pourrait le croire sur ce point; car il a été jugé (Montpellier, 11 mai 1857, S. 59. 2. 34) dans une espèce où, il est vrai, la question de privilège ne se soulevait pas, mais qui pourrait faire prévoir une solution différente en ce qui concerne ce dernier, que l'obligation imposée par l'acte de partage à chacun des copartageants, de réparer et entretenir en bon état une digue protégeant un domaine contre l'invasion des eaux d'une rivière, n'avait pas le caractère d'une servitude, dont chacun des copartageants aurait pu s'affranchir en faisant l'abandon de la partie de la digue lui appartenant; que c'était là une obligation personnelle formant une clause essentielle du partage et qui ne pouvait être annulée par l'effet de la seule volonté de l'une des parties (art. 699). L'arrêt ajoute d'ailleurs : « Au surplus, en supposant qu'une telle obligation constituât une servitude véritable, ce n'est pas par le simple abandon de la partie de la digue lui appartenant que l'un des copartageants pourrait s'en affranchir; il faudrait qu'il abandonnât son lot même, la charge étant imposée non à la digue mais au lot dont la digue forme une dépendance. » Cette décision n'a pas une grande importance pour

Et nous devons encore ajouter que le propriétaire du fonds dominant ne peut avoir à la fois un droit réel de servitude et un privilège, autre droit réel pour assurer la garantie du premier.

fixer sur la question la jurisprudence, car elle constitue une solution d'espèce et non de principe ; la Cour a voulu surtout éviter que l'un des copropriétaires de la digue délaissât la partie qu'il possédait dans celle ci, pour que les autres entretiennent à eux seuls toute la digue et ainsi protègent le terrain de celui qui a abandonné sa partie de digue. L'arrêt n'est pas très catégorique : « Si cette charge, dit-il, constitue une servitude, comme le prétend l'appelant ». Enfin, il se rapporte surtout à la question de savoir si l'abandon doit porter sur tout le bien ou seulement sur la partie du bien qui supporte la servitude. Or, cette question ne concerne nullement le privilège du copartageant et n'influe aucunement sur le caractère de la charge dont s'agit : elle sort de notre cadre.

CHAPITRE II

CRÉANCES POUR SOULTES OU RETOURS DE LOTS

Une indivision peut se composer de biens de valeur inégale et impartageables en nature ; chacun des copartageants prend alors un de ces biens ; et il est convenu dans le partage que pour rétablir l'égalité, celui qui a reçu des biens d'une valeur supérieure à sa part virile, devient débiteur de l'excédent envers son copartageant qui a reçu moins que sa part. Cette clause constitue ce qu'on appelle au profit des copartageants les moins favorisés, une soulte ou retour de lot.

Nous avons dit que le paiement de la soulte était garanti par le privilège du copartageant et nous avons expliqué que le législateur n'avait qu'une pensée en attachant une sûreté réelle à cette créance, celle de sauvegarder et de faire respecter le principe de l'égalité dans les partages (1). Nous ne reviendrons pas sur ce point et nous entrons tout de suite dans l'étude des difficultés qui

(1) V. *suprà*, p. 3.

naissent à propos des soultes ou des conventions qui les accompagnent dans les partages.

§ 1^{er}. — INTÉRÊTS DE LA SOULTE

I. Le copartageant créancier de la soulte a pu octroyer, pour le paiement de cette soulte, un délai, au copartageant qui en est débiteur, et stipuler que pendant ce délai, le capital produirait des intérêts jusqu'à l'échéance. Ces intérêts sont-ils garantis, comme le capital de la soulte, par le privilège du copartageant?

Tous les auteurs (1) sont d'accord pour étendre le privilège de l'article 2103-3^o aux intérêts, produits par le capital de la soulte, quand il s'agit en vertu d'une stipulation expresse et courus avant l'échéance du capital : tous les intérêts non prescrits seront donc privilégiés au même titre que le montant du retour de lots.

II. Cet avis unanime des jurisconsultes est loin de se retrouver, quand aucune stipulation d'intérêts n'a accompagné la soulte ou quand il s'agit des intérêts courus après l'échéance du capital.

Le problème réside dans la question de savoir si les soultes produisent des intérêts de plein droit, sans qu'il soit nécessaire d'une stipulation d'intérêts :

(1) Paul Pont, I, 207 *bis* ; Marton, II, 580 ; Guillouard, III, 513 ; Baudry-Lacantinerie, I, 646 1.

Aux termes de l'article 1562, le prix de vente produit de plein droit des intérêts jusqu'au paiement du capital, si, notamment, « la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. » Et ces intérêts sont garantis par le privilège du vendeur au même rang que le capital. L'analogie, qu'il est possible d'établir entre le débiteur d'un prix de vente et le copartageant débiteur d'une soulte n'est pas suffisante à certains auteurs, pour donner aux intérêts la même garantie qu'à la soulte elle-même, c'est-à-dire, pour en assurer le paiement par le privilège de l'article 2103-3°.

Pour Troplong (1) il est nécessaire qu'à défaut de paiement à l'échéance de la soulte, le copartageant créancier poursuive l'exécution de l'engagement de son débiteur pour faire courir de nouveaux intérêts ; le jugement qu'il obtiendra lui permettra de prendre une inscription sur les biens de celui-ci. Les intérêts ne seront donc pas garantis par le privilège du copartageant, mais conservés par une inscription d'hypothèque judiciaire, qui ne prendra rang qu'à sa date.

Pour Paul Pont (2), il n'est pas besoin de prendre un jugement, tout au moins quand il y a eu primitivement une stipulation d'intérêts jusqu'à l'échéance ; car cette stipulation suffit comme en matière de prêt ; une nouvelle inscription sera prise après l'échéance et ne vaudra qu'à sa date, puisque le délai pour inscrire le privilège est écoulé (art. 2113).

(1) I, 240.

(2) I, 207 bis.

M. Guillouard (1) reconnaît qu'il est injuste que le copartageant qui jouit du bien excédant sa part, ait en même temps la jouissance de la soulte, dont il est débiteur. Cependant il n'admet pas que la soulte puisse produire de plein droit des intérêts; et cela à cause de l'article 1153, qui fait courir les intérêts moratoires « du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. » Or il n'y a aucun texte concernant la soulte et l'analogie entre la soulte et le prix de vente ne lui paraît pas suffisante pour créer une exception à la règle générale de l'article 1153.

Ces trois explications, qui, somme toute, aboutissent par des différences d'argumentation, au même résultat, c'est-à-dire à nier que les soultes produisent après leur échéance des intérêts de plein droit, se heurtent à des objections sérieuses présentées par la majorité des auteurs (2) qui admettent une théorie inverse.

C'est en effet à juste titre que l'on peut se fonder sur l'article 1657 pour faire produire au capital de la soulte des intérêts de plein droit, jusqu'à son paiement. Cet article peut « fournir un argument, soit direct : la soulte se résout dans le prix de la vente de l'excédent d'un

(1) II, 513.

(2) Merlin, *Req.*, 1^o Intérêts, § 2, n^o 3; Laurent, X, 332; Huc, XIII, 119 et V, 307; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 616, 1; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 2525; Marton, II, 580; Lepinois, III, 106; Dutruc, 451; Le Sellyer, II, 1246; Fuzier Hermann, art. 883, n^o 8; Bruxelles, 13 juin 1821. J. G., SS^{oa}, 1809.

lot sur l'autre — soit d'analogie : les intérêts de la soulte sont comme les intérêts du prix de vente, dus à titre de compensation de la jouissance d'un lot plus fort (1). »

Nous avons développé (2) les ressemblances qui existent entre la vente et le partage ; nous avons fait remarquer que sans aller avec certains auteurs jusqu'à l'assimilation de l'attribution d'une part dans la masse à partager à un achat fait par l'un des copartageants à ses copartageants, nous devons constater qu'il y a là une opération, sinon de tous points identique, du moins très analogue. Nous nous rallions donc au système de la majorité des auteurs et nous voyons dans leur argument une idée plus large et moins terre à terre que celle qui domine l'opinion de la doctrine dissidente.

Du reste pour mettre à profit l'analogie dont nous nous servons entre la vente et le partage, nous n'admettons pas que la soulte puisse produire de plein droit des intérêts, si les biens attribués à un copartageant débiteur de la soulte ne produisent pas de fruits : cette conséquence heureusement inévitable — nous disons heureusement car elle évite de commettre une injustice — est la suite de l'application de l'article 1652 à notre matière.

Au surplus quel mal y a-t-il à étendre le privilège du copartageant aux intérêts de la soulte : les tiers ne peuvent s'en plaindre puisqu'une inscription doit être prise pour la

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 2525.

(2) V. *suprà*, p. 4 et s.

conservation du privilège ; ils sauront, lorsque le conservateur des hypothèques leur révélera cette inscription, qu'elle est susceptible de garantir des intérêts : ils sont donc suffisamment avertis.

Enfin l'égalité veut, comme l'a fait remarquer M. Guilouard qui combat cependant notre système, que le copartageant débiteur à terme d'une soulte ne puisse jouir à la fois de l'excédent qu'il a reçu dans la masse des biens à partager et des intérêts que peut lui produire la somme qu'il doit à titre de soulte. Pourquoi le législateur, qui a pallié cette iniquité par l'article 1652 à propos de la vente, ne l'aurait-il pas évitée également dans le partage ? Certes, nous ne trouvons aucun texte dans le Code ; mais il est juste de s'inspirer de l'esprit de la loi pour suppléer à une omission, surtout quand se présente une situation très analogue à celle que nous envisageons.

La solution que donne Troplong n'est d'ailleurs pas soutenable, puisque l'article 1153 se contente d'une simple sommation pour faire courir les intérêts moratoires. Pourquoi serait-on plus difficile quand il s'agit d'une soulte, que dans tout autre cas ? La nécessité de prendre un jugement ne se comprend pas.

Celle de Paul Pont n'est pas moins étrange : L'article 2113 exige la prise d'une inscription qui ne vaudra qu'à sa date, quand « les créances soumises à la formalité de l'inscription » n'ont pas été conservées dans les délais et sous les conditions imposées par la loi. Or, nous supposons ici que toutes ces conditions ont été régulièrement

suivies et que l'inscription a été requise dans les soixante jours du partage ; sinon la question ne se pose pas ; l'inscription prise après l'expiration du délai dégénère en simple hypothèque et il ne s'agit plus de privilège. La question de savoir si la soulte porte intérêts de plein droit quand les biens attribués au copartageant qui en est débiteur est frugifère, reste entière, et cela ne prouve nullement que si on admet que ces intérêts sont dus, le privilège légalement conservé ne les garantira pas.

Enfin, M. Guillouard est, croyons-nous, bien difficile en n'admettant pas que l'analogie certaine entre la vente et le partage, ne suffise pas à créer une exception à l'article 1153, auquel le Code a si souvent dérogé qu'on a pu dire qu'il était l'exception et que les dérogations étaient la règle.

La question dont nous nous occupons ne paraît pas s'être présentée d'une façon catégorique devant les Tribunaux. Tout au plus trouvons-nous un arrêt de la Cour de Bruxelles du 13 juin 1821 (1) qui accepte notre théorie en ces termes : « Attendu qu'aux termes de l'article 1652 Code Napoléon, l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Que la loi 13, § 20 *de act. empt.*, dont ledit article 1652 n'est que la reproduction, appuie le principe de cette considération d'équité : *nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras*

(1) S. chr. V° SS^o 1809.

pretii pendere ; que le même motif est applicable au cas de soulte stipulée dans un partage de biens produisant fruits ou intérêts et qui, dans le vrai n'est, mais en d'autres termes, que le prix d'une vente de l'excédent d'un lot sur un autre. »

Nous pouvons encore citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1) qui a déclaré dans une hypothèse quelque peu différente que lorsque la soulte due au copartageant n'est autre qu'en fait qu'un solde de rapport dû sur ce qui dépasse le montant des droits héréditaires de l'une des parties, cette soulte porte intérêts de plein droit, non pas jusqu'au jour du partage, mais jusqu'au jour du paiement et sans qu'il soit besoin d'une interpellation judiciaire ou d'une stipulation expresse dans l'acte de partage.

III. Quant à l'étendue de la créance due pour intérêts, elle est déterminée par l'article 2151 modifié par la loi du 17 juin 1893, c'est-à-dire que le privilège conserve trois années d'intérêts au même rang que le capital, et que pour les autres années d'intérêts, il est nécessaire de prendre d'autres inscriptions qui ne vaudront qu'à leur date comme simples hypothèques (2).

(1) 19 décembre 1902, *Gaz. du Pal.*, 1903, I, 2^e partie, p. 128.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 616, I.

§ 2. — RESCISION DU PARTAGE. — SUPPLÉMENT DU EN VERTU
DE L'ARTICLE 891

Lorsqu'en vertu de l'article 891, le défendeur a une action en rescision d'un partage, en arrête le cours et empêche un nouveau partage, en offrant et en promettant de fournir en numéraire au demandeur le supplément de la portion héréditaire, qui lui est due, cette créance, qui naît contre le défendeur, est-elle garantie par le privilège du copartageant? Le demandeur a pu se désister en se contentant de cette promesse, ou le jugement qui l'a constaté peut ne pas être exécuté, l'article 2103-3° s'applique-t-il à cette hypothèse voisine de celle de l'existence d'une soulte?

Les auteurs l'admettent en général (1); car ce serait trop blesser le principe d'égalité que d'accorder le privilège pour garantir une soulte et le refuser au cas où une somme d'argent se trouve due pour réparer l'injustice créée par le partage, lequel a trop attribué à l'un et pas assez à l'autre. La soulte n'a-t-elle pas aussi pour objet de rendre à celui qui a reçu le lot de moindre importance, la valeur mise en trop dans le lot trop important? Il y a trop de ressemblances entre les deux hypothèses pour leur donner une solution dissemblable.

(1) Guillouard, II, 514; Aubry et Rau, § 263, note 18, III, 5^e éd., p. 288; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 617.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ne croient pas cependant que le privilège sera efficace dans ce cas ; il leur paraît « difficile d'admettre que le copartageant puisse obtenir sa collocation à une date antérieure, soit à la nouvelle inscription qui devra être requise, soit au jugement où à la condition qui déterminera le supplément. » Mais, pour eux, les droits du copartageant lésé seront toutefois « efficacement sauvegardés par la possibilité de faire rescinder le partage et de faire recommencer toutes les opérations. »

Ici encore nous ferons appel à l'analogie qui existe entre la vente et le partage : les auteurs reconnaissent que le supplément du prix offert au vendeur n'est pas dû par l'acte de vente, mais qu'il peut être garanti par le privilège de l'article 2103-1°, si on le considère comme « un accessoire du prix en vertu de la convention à laquelle le législateur a ajouté une classe additionnelle (1). » Cependant ils font remarquer que, faute de publicité par la transcription et l'inscription, le privilège ne pourra produire d'effet, et que le vendeur sera toutefois sauvé par l'action en rescision. Pourquoi alors ne pas appliquer le même raisonnement au copartageant à qui on offre un supplément pour éviter la rescision du partage ? Pourquoi ne pas dire que le privilège de l'article 2103-3° ne s'applique pas à ce supplément parce que celui-ci n'est pas dû en vertu du

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 586 ; et dans le même sens : Guillouard, II, 481 ; Huc, XIII, 112, Cpr. Bordeaux, 23 avril 1836, J. G., V° Priv. et hyp., 419, S. 36. 2. 76.

partage, mais qu'il y a lieu cependant de l'accorder, parce que le législateur a déclaré que le partage pourrait donner lieu à une soulte s'il y avait lésion de plus du quart et que cette soulte serait du montant de l'émolument manquant au copartageant lésé ?

La Cour de cassation (1) a décidé que le supplément, dont nous nous occupons, pouvait être considéré « comme un prix de licitation, moyennant lequel tous les biens de famille sont demeurés définitivement acquis au défendeur. » Ces mots « prix de licitation » auraient pu être remplacés par celui de « soulte », qui est plus conforme à la réalité ; il ne s'agit pas ici d'une vente à un héritier, d'une adjudication, mais bien d'une stipulation d'une somme à payer pour compenser l'inégalité des lots. Puis l'arrêt ajoute : « Si en conséquence, elle (la somme due à titre de supplément) est garantie par le privilège du copartageant, ce privilège a dû être inscrit suivant l'article 2109 Code civil à la diligence des créanciers dans les soixante jours à dater de l'acte de partage. »

On arrive donc à cette conséquence anormale à savoir qu'il est juste d'accorder le privilège de l'article 2103-3° pour garantir le paiement des compensations promises pour éviter la rescision d'un partage ; mais que ce privilège ne pourra s'exercer que si l'inscription a été prise dans les soixante jours du partage ; or, à cette époque, il n'y avait, par hypothèse, pas lieu de prendre inscription

(1) 13 juillet 1873, D. 74. 4. 406.

puisque le partage paraissait équitable, les parties ayant consenti à le signer. Le privilège ne pourra donc s'exercer que dans le cas où l'action en rescision aurait abouti dans les soixante jours qui suivent le partage : ce qui sera tellement rare que l'on peut conclure que le privilège est accordé, mais ne pourra presque jamais s'exercer.

Cette théorie est bien dure et il serait plus juste de permettre au copartageant, demandeur à l'action en rescision, de prendre l'inscription, requise par l'article 2109, dans les soixante jours qui suivront la transaction intervenue entre lui et le défendeur pour empêcher cette action d'aboutir, ou du jugement constatant la promesse du défendeur de payer le supplément. Cependant, l'intérêt des tiers et le système de la publicité des privilèges et hypothèques admis par notre code exigent qu'elle soit adoptée ; il faudrait un texte pour déroger aux prescriptions de l'article 2109. Du reste, il deviendrait trop facile de léser les tiers ; il suffirait d'accepter un partage inégal, pour réclamer ensuite un supplément qui serait privilégié ; le copartageant, qui serait débiteur de ce supplément, aurait ainsi joui pendant quelque temps d'un plus grand crédit, que celui auquel il avait droit, crédit fictif, créé pour tromper ses créanciers qui seraient ensuite primés par le copartageant, créancier du supplément.

CHAPITRE III

PRIX DE LICITATION

Quand la licitation est prononcée *en faveur d'un des copartageants*, elle équivaut, avons-nous dit, à un partage et donne lieu à l'exercice du privilège du copartageant ; prononcé au profit d'un étranger, elle constitue une vente et donne naissance au privilège du vendeur (1).

Nous avons également expliqué que par suite de la théorie que nous avons admise avec la jurisprudence, à l'égard de la cession de droits indivis, il faut assimiler le prix de la cession au prix de licitation et lui accorder la même sûreté qu'à celui-ci. Nous ne reviendrons pas sur ces points que nous avons traités dans les détails (1).

I. *Étendue de la créance garantie par le privilège. — Attribution du prix de licitation par le partage*

Le prix de la licitation prononcée au profit d'un copar-

(1) V. *suprà*, pp. 54 et 55 et note.

(2) V. *suprà*, p. 51.

tageant est garanti par le privilège des articles 2103-3° et 2109 ; mais, l'est-il dans son intégralité ? Il faut attendre pour pouvoir répondre à cette question le résultat du partage :

1° Le prix est attribué au copartageant adjudicataire : sa créance s'éteint par confusion ; il n'y a donc dans ce cas jamais lieu au privilège.

2° Il est attribué en entier à l'un des colicitants non adjudicataires ; le privilège garantit certainement l'intégralité du prix, celui-ci étant dû en totalité à l'un des copartageants par l'adjudicataire (1).

3° Enfin, il peut être attribué à chaque copartageant en proportion de ses droits dans l'indivision. Le privilège garantit dans ce cas la portion du prix afférente à ceux des colicitants qui ne sont pas adjudicataires ; ceux-ci n'ont aucun droit sur la portion du prix, qui est la propriété du copartageant adjudicataire et qui, en conséquence, s'éteint par confusion : le privilège ne pourra donc jamais s'étendre à cette portion et assure seulement le paiement de la portion du prix, qui revient aux termes du partage, aux copartageants non adjudicataires (2).

Cette solution paraît à première vue avoir été contestée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris (3) : celui-ci semble prétendre que l'intégralité du privilège est garanti

(1) Théry, IV, 423.

(2) Pont I, 208 ; Guillouard, II, 514 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 619, Huc, XIII, 120 ; Garçonnet, note dans D. 92. 2. 145.

(3) Paris, 4 février 1892, D. 92. 2. 145 ; S. 93. 2. 89.

par le privilège. Cet arrêt, tant par son originalité que par les nombreuses critiques qu'il a soulevées, mérite de retenir notre attention quelques instants.

L'indivision ne comprenait qu'un seul immeuble, une carrière, son matériel, les pierres extraites et les masses découvertes, que l'adjudicataire de la carrière devait prendre à certaines conditions déterminées par le cahier des charges. Or, l'un des copropriétaires ayant droit à la moitié des biens indivis, se porta adjudicataire et les autres copropriétaires inscrivirent le privilège de copartageant, non pour la moitié du prix d'adjudication qui leur revenait, mais pour la totalité de ce prix. La Cour de Paris décida que le privilège garantit non seulement le prix de la licitation, mais encore toutes les créances résultant de la licitation, qui, dans ce cas, avait opéré le partage complet de tous les biens indivis.

Comme le fait remarquer M. Wahl (1), deux principes doivent être posés pour permettre de porter une appréciation sur cette décision :

1° Le privilège comme l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance et ne peut garantir une somme supérieure à celle-ci (art. 2114). En définissant le privilège : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires », l'article 2095 écarte toute collocation privilégiée pour une somme supérieure à celle due au

(1) Note dans S. 93. 2. 89.

créancier. Le copartageant irait à l'encontre de ce principe universellement admis, en demandant à exercer son privilège pour la totalité du prix de licitation ; celui-ci revient pour une certaine quotité à l'héritier adjudicataire et ce qui reste du prix peut seul faire l'objet d'une créance privilégiée. Le colicitant non adjudicataire prétendant avoir droit à une collocation, pour l'intégralité du prix de licitation, voudrait se faire attribuer par privilège plus qu'il ne lui est dû. Le résultat choquerait à la fois le bon sens et les principes fondamentaux de notre droit.

2° Le privilège dépend « de la qualité de la créance » à laquelle il est attaché. « Il n'est pas, dit M. Wahl, assimilable à un objet mobilier, transportable au gré de son propriétaire dans un endroit arbitrairement choisi. » C'est là un axiome et nous ne saurions admettre que le copartageant créancier d'une partie du prix de licitation, puisse profiter du privilège pour garantir certaines créances chirographaires qu'il put avoir contre son copartageant débiteur. Il y aurait là une iniquité ; il suffirait à un créancier d'obtenir pour une cause quelconque un privilège contre son débiteur, pour primer tous les autres créanciers de ce débiteur, du montant non seulement de la créance qui a donné naissance au privilège, mais de tout ce qui pourrait lui être dû pour une cause quelconque.

On a reproché à l'arrêt de la Cour de Paris d'avoir violé ces deux principes. Certes si on considère cet arrêt comme une règle de jurisprudence, si l'on en déduit que le privilège du copartageant grève l'immeuble pour la

totalité du prix de licitation, même pour la part revenant à l'adjudicataire, cette théorie est inadmissible.

Mais si, au contraire, l'on voit dans cet arrêt une décision d'espèce, la circonstance particulière qui a fait pencher la Cour vers cette solution d'apparence injuste, le justifie pleinement. En effet le cahier des charges stipulait que l'adjudicataire de l'immeuble mis en vente « deviendrait par le fait même de l'adjudication propriétaire du matériel et des matériaux formant l'accessoire de la carrière à charge de payer le prix dès à présent fixé de 15.000 francs et les pierres extraites, ainsi que les masses découvertes à dire d'experts. » Or, l'adjudication fut prononcée pour un prix de 29.000 francs au profit du colicitant ayant droit à la moitié du bien adjugé : celui-ci ne devait donc à ses copartageants que 14.950 francs. Inscription fut prise pour l'intégralité du prix de la licitation, soit 29.000 francs. Puis, l'estimation des pierres extraites de la carrière ayant été faite, le prix atteignit la valeur de 71.050 francs, de sorte que les droits des colicitants autres que l'adjudicataire, étaient de 35.525 francs. Ils demandèrent à être colloqués pour le prix d'adjudication, soit pour 29.000 francs : l'arrêt leur accorda satisfaction, ne pouvant les faire venir par privilège pour la somme entière qui leur était due, puisque le bordereau d'inscription n'évaluait la créance qu'à ce chiffre ; comme le fait remarquer M. Wahl, c'était « sans doute par erreur matérielle, que les copartageants avaient évalué leur créance au montant du prix total de l'adjudication ; néanmoins le privilège du

copartageant aurait pu être inscrit pour la somme entière de 35.525 francs, c'est-à-dire pour leur part non seulement dans le prix de l'adjudication, mais encore dans la valeur des autres objets acquis par l'adjudicataire ; car ce dernier devenant propriétaire de ces objets, l'indivision en avait cessé et leur partage s'était effectué. »

Si cette solution n'est pas clairement exprimée dans l'arrêt, elle ressort d'un de ses considérants, qui constate qu'en prenant inscription « pour la totalité du prix » les copartageants « indiquaient suffisamment qu'ils entendaient s'assurer dans la plus large mesure la garantie des droits dérivant pour eux de la licitation, droits dont ils ne pouvaient encore fixer le chiffre avec une précision absolue et mathématique. »

C'est à bon droit que M. Wahl admet la solution de cet arrêt : « Si on consent, dit-il, à y voir, non pas l'affirmation d'une doctrine inexacte sur l'étendue du privilège du copartageant, mais une simple décision d'espèce. » MM. Baudry-Lacantinerie (1) et de Loynes sont du même avis.

Cependant M. Garçonnet (2) ne peut admettre cette explication et ne trouve pas que les circonstances de fait qui ont motivé l'arrêt soient suffisantes pour transgresser des principes indiscutables et indiscutés : le bordereau d'inscription de privilège, prétend-il, ne dit pas que l'ins-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 619.

(2) Note dans D. 92. 2. 145.

cription a été « prise pour la part du prix correspondant à la part de propriété des colicitants non adjudicataires », mais « pour la totalité de ce prix. » Or, « la créance garantie par le privilège ne peut s'augmenter parce que le notaire qui a rédigé le bordereau en exagère le montant à dessein ou par erreur. » Nous lui répondrons que les tiers ont été suffisamment renseignés par ce fait qu'ils savaient que l'inscription était prise pour la totalité du prix et qu'en conséquence la somme privilégiée était évaluée à 29.000 francs; qu'en conséquence l'arrêt n'a pas froissé leurs droits puisque les copartageants n'ont été colloqués que pour cette somme et non pour celle de 35.525 francs qui leur était due en réalité.

Il reproche encore à l'arrêt d'avoir déclaré qu'il ne s'agissait pas dans l'espèce d'« un privilège de vendeur qui garantirait une créance correspondante à leur part de propriété, mais d'un privilège de copartageant qui garantit toutes les créances résultant du partage. » C'est là, il faut l'avouer, une erreur commise dans l'arrêt, erreur que constate d'ailleurs également M. Wahl : On ne voit pas la différence qui puisse exister sur ce point entre le privilège du vendeur et celui du copartageant; l'un et l'autre ne peuvent garantir une somme plus forte que celle qui revient au créancier, cela résulte des principes que nous avons exposés ci-dessus.

Il ne faut pas cependant tirer de cet attendu des conséquences qu'il n'a pas : c'est un considérant à la fois peu intelligible et inutile ; mais ce n'est pas une raison pour

rejeter la solution donnée par l'arrêt ; qu'il s'agisse d'un privilège ou de l'autre — et en fait c'est bien du privilège du copartageant qu'il s'agissait — la créance garantie serait la même : que l'adjudication soit au profit d'un étranger — privilège du vendeur — ou qu'elle soit en faveur d'un des copartageants — privilège du copartageant, — elle comprendra à la fois le prix d'adjudication et le prix des autres objets acquis de plein droit à l'adjudicataire. Il est certainement erroné de soutenir que le privilège est plus étendu dans l'hypothèse présente parce qu'il s'agit du privilège du copartageant, qu'il ne le serait s'il s'agissait du privilège du vendeur ; mais cela n'empêche nullement qu'il soit exact, comme l'arrêt l'a déclaré, que la créance garantie était celle qui ne s'était pas éteinte par confusion sur la tête de l'adjudicataire, créance qui serait de 35.525 francs si l'évaluation de l'inscription eût été juste et qui n'est en réalité que de 29.000 francs, parce que l'évaluation du bordereau était inférieure à la réalité. Sous toutes ces réserves, nous ne voyons donc pas en quoi l'arrêt de la Cour de Paris a enfreint les principes de notre droit.

II. *Emploi de la folle enchère*

De grandes difficultés surgissent à propos de l'étendue de la créance garantie par le privilège du copartageant, quand le copartageant débiteur du prix de licitation ne

peut pas ou refuse de payer ce prix et qu'il y a lieu d'employer une procédure d'exécution.

1° Vente amiable ou saisie du bien grevé du privilège

Le cohéritier adjudicataire peut, pour éviter une saisie, vendre à l'amiable, l'immeuble qu'il a acquis par adjudication sur licitation, et dont il n'a pas payé le prix, ou bien se laisser exproprier par les copartageants créanciers du prix d'adjudication; ces deux hypothèses comportent au point de vue du privilège du copartageant une solution identique : l'étendue du privilège demeure fixée par l'adjudication sur licitation. Paul Pont (1) en donne la raison : à la première adjudication, dit-il, « que l'adjudication nouvelle ou la vente amiable n'a pas effacée, à cette adjudication terme final d'une licitation produisant les effets du partage, s'attache toujours la fiction de la loi, d'après laquelle le copartageant est censé avoir été propriétaire *ab initio*, de la chose échue en son lot et n'avoir été propriétaire que de cela. »

2° Folle enchère

L'étendue du privilège sera-t-elle encore fixée par l'adjudication par licitation, quand le mode d'exécution employé aura été la folle enchère? La question est très discutée.

(1) I, 208, p. 205.

Mais tout d'abord la folle enchère est-elle possible en matière de licitation et à quelle condition est-elle possible ?

La folle enchère est au fond une sorte de résolution : dans la vente judiciaire par exemple, l'exercice de la folle enchère est une résolution, avec cette différence que « le vendeur ne reprend pas la chose vendue : il la remet en vente aux risques de l'adjudicataire déclaré fol enchérisseur et celui-ci reste tenu de payer le surplus de son prix, si le prix obtenu dans la revente est inférieur au montant de l'adjudication primitive (1). » La folle enchère sera donc permise dans les licitations, si la clause résolutoire l'est elle-même et dans l'affirmative elle le sera aux mêmes conditions que celles prescrites pour la validité de la clause résolutoire.

Or, le caractère purement déclaratif du partage ou de la licitation met obstacle à ce qu'en l'absence de toute clause expresse, l'un des copartageants demande la résolution pour inexécution des conditions : La fiction de l'article 883 empêche un copartageant qui n'a jamais eu la propriété des biens échus aux autres copartageants de revendiquer ces biens comme le vendeur revendique les biens vendus, à défaut du paiement du prix. La clause résolutoire, qui, aux termes de l'article 1184, est sous-entendue dans les contrats, doit dans les partages ou licitations être expressément stipulée ; car ceux-ci sont réglés

(1) Planiol, II, 1559.

par des dispositions particulières en ce qui touche leur résolution (art. 883, 884, 885, 886, 887, 2103-3°).

Nous pouvons encore ajouter, avec la Cour de cassation (1), « que le partage lui-même est moins de l'effet de la volonté libre des parties que de la nécessité de faire cesser l'indivision : il n'est pas un acte de spéculation et de commerce ; enfin il fixe souvent le sort et l'état de plusieurs familles : il ne peut donc sans les inconvénients les plus graves être rescindé pour inexécution quelconque de la part d'un des copartageants et pour le non paiement de tout ou partie d'une soulte pour le recouvrement de laquelle le créancier copartageant tient un privilège spécial de la loi. » Cet argument est très fort ; il l'est même tellement que M. Wahl (2) se fonde uniquement sur lui pour prohiber la clause résolutoire de droit, dans les partages. Cette prohibition, dit-il, « quoique se rattachant à l'effet déclaratif, n'en est pas la conséquence immédiate. Elle se base sur ce que les parties n'ont pas songé à la résolution du partage et sur ce que cette résolution produirait, à raison de l'indivisibilité du partage, des effets désastreux pour ceux des copartageants qui ont exécuté leurs obligations. C'est si bien là une solution étrangère à l'effet déclaratif, ajoute-t-il peut-être d'une façon exagérée, qu'on conserve l'effet déclaratif aux partages qui

(1) Cass., 29 décembre 1829 ; S. 30. 1. 107.

(2) Note sous Grenoble, 20 janvier 1893. S. 93. 2. 265.

sont, en vertu d'une clause formelle, soumis à la résolution pour cause d'inexécution des conditions (1). »

Et c'est pour remplacer la clause résolutoire générale de l'article 1184, que le législateur a créé en faveur du copartageant créancier une sûreté spéciale, qui n'est autre que le privilège de l'article 2103-3° : c'est là une juste compensation qu'il lui donne, de ce qu'il lui refuse, quand aucune clause particulière n'a prévu la résolution du partage pour inexécution des conditions.

Enfin lorsque la loi organise la procédure à suivre dans les licitations judiciaires, elle renvoie (art. 972, C. proc. civ.) pour les formalités à remplir au titre « de la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs. » Mais ce renvoi ne comprend pas l'article 964 (C. proc. civ.) qui vise la folle enchère (art. 733, même Code), puisqu'elle le remplace par les dispositions contenues dans l'article 973 (même Code). Or, ce dernier article rappelle la faculté de surenchérir et omet la folle enchère : il déclare que les articles 708, 709 et 710 (même Code) sont applicables aux licitations judiciaires, mais ne parle nullement de l'article 733. Ce silence est significatif : si l'article 973 avait mentionné la folle enchère ou seulement renvoyé à l'article 964, il aurait été implicitement admis que la clause résolutoire était de droit, tout au moins dans les licitations judiciaires (2).

(1) Cass., 6 janvier 1846, S. 46. 1. 420; Demolombe, V, 341.

(2) Que l'on n'objecte pas que dans le cas où il y a des mineurs parmi les colicitants, l'article 839 Code civil déclare que la licitation

Nous pouvons donc conclure avec les auteurs les plus autorisés et la jurisprudence (1) que la clause résolutoire n'est pas de droit sous entendue dans les actes emportant

ne pourra « être faite qu'en justice avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs. » Cette prescription n'implique nullement que l'article 964 (C. proc. civ.) soit applicable : cette aliénation n'en reste pas moins une licitation et comme telle soumise à l'article 973. Du reste l'article 970 visant un cas où des mineurs se trouvent en cause, prouve que le titre « des Partages et licitations » du Code de Procédure civile s'applique à toutes les licitations, qu'il y ait ou non des mineurs intéressés.

(1) Le partage n'est pas soumis à la clause résolutoire de droit : Cass. req ; 29 décembre 1829, J. G. SS^{on} 2094, Metz, 30 mars 1820, J. G. SS^{on} 2094; Merlin, V^o Resol., § 6; Rolland de Villargues Resol., Duranton, XVI, 483; Duvergier sur Toullier, IV, 563, note a. Troplong, *T. de la vente*, II, 876; Demante, III, 225 bis, IV; Demangeat, *Rev. prat.*, 1857, p. 271 s.; Dutruc, 550; Demolombe, XVII, 308; Aubry et Rau, § 625, note 19, p. 562; Hureauux, IV, 267 et 309; Laurent, X, 412, 426, 428, 460; Théry, II, 250; Guillouard, *Tr. Vente*, II, 735; Vigie, II, 384; Le Sellyer, III, 1801; Huc, V, 442; Planiol, III, 2385 et 2406; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3352.

La licitation ne l'est pas plus : Cass. 19 décembre 1817. J. G. SS^{on} 2101; Cass., 24 mars 1823; S. chr. Cass., 9 mai 1832 S. 32. 1. 367; Cass., 14 mai 1833, S. 33. 1. 381; Cass., 27 mai 1835, S. 35. 1. 341; Cass., 2 janvier 1884, D. 84. 1. 315, S. 86. 1. 373; Cass., 13 avril 1891 (impl.), S. 95. 1. 308. D. 92. 1. 203; Cass. 21 juin (impl.), D. 1900. 1. 61, S. 1900. 1. 407; Cass., 5 août 1902 (impl.), S. 1903. 1. 21, D. 1902. 1. 436; Besançon, 25 juin 1828. S. chr. J. G. V^o SS^{on} 2093; Paris, 21 avril 1830. J. G. SS^{on} 2093; Paris, 21 avril 1830, J. G. SS^{on} 2095; Bordeaux, 15 mars 1833, J. G. Vente publ. d'imm., 2184; Bordeaux, 22 mars 1834, S. 34. 2. 159. J. G. Vente publ. d'imm., 2195; Lyon, 8 février 1835, J. G. SS^{on} 2096; Nancy, 27 juillet 1838, J. G. SS^{on} 2096, S. 38. 2. 370; Paris, 20 novembre 1851, D. 54. 5. 545; Paris, 15 février 1853, D. 55. 2. 344; Nîmes, 30 août 1853, S. 54. 2. 368, D. 54. 5. 546; Nancy, 13 décembre 1859, D. 60. 2. 158; Rennes, 11 janvier 1886, *Gaz. Pal.* 86. 1. 238;

partage, mais il serait inexact de dire qu'elle ne peut y être insérée. L'article 883 n'empêche pas que les parties aient pu valablement convenir et stipuler cette sanction contre le copartageant qui ne satisfait pas à ses obligations et particulièrement contre le colicitant adjudicataire qui ne paie pas son prix.

Puisque nous admettons sous cette réserve la possibilité de l'action résolutoire dans les partages et licitations (1),

Grenoble, 30 juillet 1897, D. 93. 2. 414; Bourges, 27 mars 1901, S. 1901. 2. 128; Montpellier, 16 décembre 1901, S. 1902. 2. 44; Trib. Liège, 15 mars 1890; *Pand. belges*, 90. n. 1538; Rolland de Villargues, V^e Folle enchère, n. 5; Demante, III; Hureau, IV. 267 et 310; Dutruc, 550; Demolombe, XVII, 309; Aubry et Rau, § 625, notes 19 et 21, VI, p. 562, 4^e éd.; Guillouard, *Tr. de la vente*, II, 735; Laurent, X. 420, 421, 428 et 460; Huc, V, 442; *contrà*, Paris, 21 mai 1816, J. G. V^e Vente publ. d'imm., 2183; Pau, 14 juin 1831, S. 32. 2. 153, J. G. V^e Vente, 1255. Tiré de Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*

(1) Le partage est soumis à la clause résolutoire en vertu d'une clause formelle : Cass., 6 janvier 1846, S. 46. 1. 120, D. 46. 1. 16; Montpellier, 12 mai 1847, D. 47. 2. 158; Nîmes, 30 août 1853, D. 54. 5. 545, S. 54. 2. 368; Bruxelles, 24 juillet 1816; Pos. 16. 2. 174; Rolland de Villargues, V^e Résolution, n. 20; Laurent, X, 461; Aubry et Rau, § 625, note 20, VI, p. 562; Dutruc, 550; Demolombe, XVII, 310; Guillouard, *Tr. de la vente*, II, 735; Merlin, *Quest. V^e Résol.*, § 6; Planiol, III, 2406; Le Sellyer, III, 1803; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3353. *Contrà*, Rouen, 18 juin 1841, J. G. V^e SS^{en}, 2090; Duverger sur Toullier, 563, note *u*.

Il en serait encore de même si la volonté des parties était certaine en ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3353; Cass., 12 août 1856, D. 57. 1. 8. *Contrà* : Laurent, X, 461.

La licitation peut être soumise à la clause résolutoire en vertu d'une stipulation insérée au cahier des charges : Cass., 17 octobre 1833, S. 34. 1. 5; Cass., 9 mai 1834, S. 34. 1. 523; Cass., 27 mai

nous devons permettre la folle enchère sous la même condition. C'est l'avis de la doctrine (1) et de la jurisprudence : Le 9 mai 1834 (2), la Cour de cassation déclarait que la stipulation qui « assujettit l'adjudicataire sur licitation aux chances de la folle enchère... n'avait rien d'illécite. » Dans son arrêt du 3 août 1848 (3), elle allait plus loin, en admettant que la clause soumettant le colicitant adjudicataire à la folie enchère, était valable et obligatoire même au cas où ce colicitant adjudicataire était mineur. Enfin la Chambre des requêtes, le 2 janvier 1884 (4), décidait que « la fiction légale de l'article 833

1835, S. 35. 1. 341 ; Cass., 6 janvier 1846, D. 46. 1. 16, S. 46. 1. 120 ; Cass., 13 décembre 1852, D. 53. 1. 119 ; Cass., 2 janvier 1884, S. 86, 1. 373, D. 84. 1. 315 ; Cass., 13 avril 1891, S. 95. 1. 308, D. 92. 1. 203 ; Cass., 21 juin 1899, S. 1900. 1. 407, D. 1900. 1. 61 ; Cass., req. 5 août 1902, S. 1903. 1. 21, D. 1903. 1. 436 ; Limoges, 14 août 1839, S. 40. 2. 133 ; Bourges, 13 janvier 1845, S. 46. 2. 407 ; Limoges, 14 février 1845, S. 45. 2. 641 ; Rennes, 26 janvier 1847, P. 47. 1. 410 ; Bordeaux, 8 mai 1848, S. 52. 2. 423 ; Bordeaux, 3 mars 1852, D. 54. 5. 547 ; Montpellier, 9 juillet 1853, D. 54. 2. 473 ; Nîmes, 30 août 1853, D. 54. 5. 515, S. 54. 2. 368 ; Nancy, 13 décembre 1859, S. 60. 2. 73, D. 60. 2. 458 ; Rennes, 11 janvier 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 238 ; Chambéry, 15 avril 1889, *Droit*, 17 juillet 1889 ; Grenoble, 30 juillet 1897, D. 98. 2. 414 ; Bourges, 27 mars 1901, D. 1901. 2. 411 ; Montpellier, 16 décembre 1901, S. 1902. 2. 44 ; Trib. civ. Montluçon, 26 février 1892 ; Loi, 7 juin 1892, Aubry et Rau, § 625, note 22, 4^e éd., VI, 562 ; Laurent, 421 ; Demolombe, XVII, 310 ; Guillouard, *Tr. de la vente*, II, 735 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3354 ; Le Sellyer, III, 1893 ; Dutruc, 550 ; *contra*, Hureau (*Tr. des droits de succ.*), IV, 267 et 309.

(1) V. les auteurs cités, p. 146, note 1, et p. 147, note 1.

(2) S. 34. 1. 523.

(3) D. 48. 1. 222.

(4) D. 85. 1. 315, S. 86. 1. 376.

s'applique à la licitation comme au partage des biens indivis, et ne met pas obstacle à ce que les cohéritiers conviennent par une clause du cahier des charges qu'au cas où l'un d'eux, devenu adjudicataire, ne satisferait pas aux conditions de l'adjudication, il serait soumis à la revente sur folle enchère; qu'une pareille convention licite en elle-même l'est aussi dans sa cause, qui est l'obligation contractée par l'adjudicataire et dans son objet qui est d'assurer par une sanction, que la loi autorise, l'exécution de la dite obligation. »

Maintenant que nous avons montré que la folle enchère était possible en matière de licitation, mais qu'elle l'était à la condition d'être expressément stipulée, nous devons indiquer quelle sera l'étendue de la créance garantie par le privilège du copartageant, quand on emploiera cette voie d'exécution : le privilège de l'article 2103-3°. Conservera-t-il le prix de la première adjudication ou seulement celui de l'adjudication sur folle enchère, généralement inférieur au premier?

Voici l'hypothèse : Deux copropriétaires procèdent à la licitation d'un immeuble indivis entre eux : l'un d'eux en est proclamé adjudicataire pour la somme de 30.000 francs. La moitié de ce prix revient à l'adjudicataire et se trouve payé par confusion ; l'autre moitié n'est pas payée à l'échéance ; le copropriétaire qui en est créancier poursuit la folle enchère. A la seconde adjudication, le prix de l'immeuble n'atteint plus que 24.000 francs, dont la moitié, soit 12.000 francs, revient au colicitant non adju-

dicataire. A l'ordre ouvert sur le prix dû par le tiers adjudicataire sur la folle enchère, devra-t-on colloquer par privilège le colicitant non adjudicataire pour 15.000 francs ou pour 12.000 francs seulement ?

Plusieurs¹ auteurs (1) accordent le privilège pour 12.000 francs, c'est-à-dire fixent le montant de la créance privilégiée par le produit de l'adjudication sur folle enchère. Pour eux, la folle enchère n'a rien de commun avec la revente amiable ou l'expropriation forcée ; car, ici la première adjudication est résolue et anéantie. « Il y a, dit Paul Pont (2), une responsabilité qui pèse sur l'héritier comme sur le fol enchérisseur, mais elle ne peut avoir pour effet de changer la proportion dans laquelle chacun des colicitants était copropriétaire de la chose licitée, par conséquent du prix véritable et définitif qui en est la représentation, et de faire que, quand chacun des colicitants avait droit à la (moitié) du prix, il arrive cependant que l'un d'eux en absorbe à lui seul, au préjudice de l'autre, les (5/8). » Dans ce système, la différence entre le prix de la première adjudication et celui de la seconde, sera due par le copartageant adjudicataire, mais à titre purement personnel, sans que le paiement de cette différence soit garantie par aucun privilège.

La Cour de Rouen (3) a confirmé cette solution en la

(1) Paul Pont, I, 208 ; Marton, II, 582 ; Lepinois, XIII, 1071 ; Laurent, XXX, 33.

(2) Paul Pont, I, 208.

(3) Rouen, 30 décembre 1850, S. 51. 2. 401, D. 51. 2. 246.

ondant, d'une part, sur ce que le fait d'avoir porté l'immeuble à un prix exagéré, ne doit pas procurer aux colicitants un bénéfice au détriment de ses propres créanciers, et, d'autre part, sur ce que l'on ne doit pas confondre « les qualités et les titres si distincts et du cohéritier quant à sa copropriété, et de l'adjudicataire fol enchérisseur, encore qu'il soit le même que ce cohéritier ; sous ce dernier rapport il n'est rien autre chose qu'un tiers soumis à des règles, à des effets de la folle enchère dont les éléments sont entièrement étrangers à la copropriété originaire. »

Nous ne pouvons admettre cette jurisprudence et nous adoptons la théorie contraire, soutenue par plusieurs auteurs (1) pour les raisons suivantes :

1° Par l'effet de la licitation, le colicitant non adjudicataire est censé n'avoir jamais eu dans son lot qu'une somme d'argent, égale à la moitié du prix d'adjudication, soit 15.000 francs ; et le colicitant adjudicataire qu'un immeuble, l'immeuble mis en licitation. C'est là une conséquence de la fiction de l'article 883 : Les droits du copartageant créancier du prix ont donc été fixés par la première adjudication, la seule qui soit dotée de l'effet déclaratif ;

2° Si, au lieu d'employer la folle enchère, le colicitant créancier d'une partie du prix de licitation s'était servi de

(1) Aubry et Rau, § 263, note 19, III, 4^e éd. 171 ; Thézard, 286 ; Guillouard, II, 518, 519 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 620.

l'expropriation forcée, ou bien, si le sollicitant adjudicataire avait revendu amiablement son immeuble, dans un cas comme dans l'autre, le privilège de l'article 2103-3° aurait garanti la moitié du prix de la première adjudication, soit 15.000 francs, pourquoi la folle enchère, voie moins coûteuse que la saisie immobilière, dépouillerait-elle le copartageant non payé d'une partie de la créance qui lui est due, copartageant qui s'efforce d'éviter des frais considérables ?

3° Il suffirait même, à un créancier chirographaire du colicitant, créancier du prix d'adjudication usant de l'article 1166, de recourir à la folle enchère pour opérer un tel résultat et, par là même, une telle injustice ;

4° Enfin, la surenchère ne résout pas l'adjudication primitive : C'est en vertu, disait-on dans l'acte d'appel du jugement du Tribunal civil de Rouen du 9 mars 1850, de cette première adjudication que le copartageant non adjudicataire est créancier, et que le fol enchérisseur est débiteur de la différence de prix des deux ventes ; en conséquence, quand un ordre ouvert sur le prix de la première adjudication a été arrêté et que les bordereaux ont été délivrés au moment où la folle enchère est requise, cet ordre devra être suivi de la distribution du prix de la seconde adjudication, fût-il inférieur à celui de la première ; seulement, dans ce cas, les créanciers derniers colloqués ne viendront plus en ordre utile.

Ces arguments, il faut l'avouer, ne sont pas très probants, ils n'ont la force que de l'analogie, mais la loi du

31 mai 1838, nous a fourni, dans l'article 779 du Code de procédure civile, un argument décisif : « L'adjudication sur folle enchère, dit-il, intervenant dans le cours de l'ordre et même après le règlement définitif, la délivrance des bordereaux ne donne pas lieu à une nouvelle procédure. Le juge modifie l'état de collocation suivant les résultats de l'adjudication et rend les bordereaux exécutoires contre le nouvel adjudicataire. » C'est donc que la première adjudication n'est pas effacée par l'adjudication sur folle enchère, « Les droits réels qui grevaient l'immeuble, conclut M. Guillouard (1), du chef de l'adjudicataire fol enchéri, disparaîtront avec le titre de cet adjudicataire, mais il n'en sera pas de même du privilège de copartageant qui ne disparaît pas plus que la créance résultant de la différence entre le prix des deux adjudications. » Du reste, on ne voit pas pourquoi la folle enchère entraînerait résolution de l'adjudication primitive, car, il y a en elle une revente forcée plutôt que résolution de la première vente. Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction entre cette revente forcée et l'adjudication sur saisie immobilière, laquelle ne résout pas la première vente.

A cause de la force de ces derniers arguments, nous avons lieu d'espérer que la jurisprudence reviendra sur ses décisions antérieures et accordera au collocitant non payé, le privilège du copartageant, pour assurer le paie-

(1) II, 519.

ment de la portion du prix qui lui est due en vertu de la première adjudication, ne donnant ainsi à la folle enchère aucun effet sur la fixation de la créance privilégiée : L'équité sera ainsi sauvegardée plus efficacement que dans la théorie de Paul Pont.

TROISIÈME PARTIE

Biens sur lesquels porte le privilège du copartageant

Le privilège du copartageant est un privilège immobilier ; ce qui le démontre clairement, c'est la place occupée par l'article 2103-3°, dans la section II, chapitre II du titre 18, section intitulée « Privilège sur les immeubles ». Il faut donc, pour qu'il puisse s'exercer, que la masse à partager comprenne des immeubles, et seuls ces immeubles seront grevés du privilège : nous avons déjà traité ce point (1).

§ 1. — CONFLIT ENTRE LE PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT ET LA DOTALITÉ

Le privilège du copartageant peut-il grever les immeubles attribués moyennant le prix d'une soulte ou adjudés sur

(1) V. *suprà*, p. 25.

licitation, à une femme mariée sous le régime dotal avec constitution en dot de ses biens présents et à venir ? En un mot, qui l'emportera du privilège ou de la dotalité ? Si nous accordons, avec M. Wahl (1), la priorité à la dotalité, le privilège de l'article 2103-3° ne s'exercera pas ; si, au contraire, nous suivons l'opinion de M. de Loynes (2), la dotalité cédera le pas au privilège, et celui-ci grèvera les immeubles dotaux.

M. Wahl présente, à l'appui de sa théorie, les arguments suivants :

1° « La jurisprudence, dit-il, a eu l'occasion de se demander si l'immeuble, dont une portion indivise était dotale, et qui est, à la suite du partage ou de la licitation, échu en entier, comme immeuble dotal à la femme copropriétaire, est, pour le paiement des soultes ou du prix de licitation, grevé du privilège du copartageant » : elle s'est décidée pour l'affirmative (3). On ne voit pas pourquoi l'insaisissabilité dotale, qui est la règle, serait supprimée quand elle est en face d'un privilège de copartageant, alors que la loi ne fait aucune exception à cette règle, tant pour le privilège de l'article 2103-3° que pour celui du vendeur qui, dans cette hypothèse, doit avoir les

(1) Note sous Cass., 18 novembre 1895, S. 97. 1. 65 et sous Grenoble, 20 février 1894, S. 95. 2. 289.

(2) Sous Grenoble, 1894, D. 95. 2. 305.

(3) Limoges, 16 juin 1860, S. 61. 2. 330 et aussi Montpellier, 24 janvier 1895, S. et P. 95. 2. 179, D. 95. 2. 434 ; Cass., 18 novembre 1895, S. 97. 1. 65, D. 95. 1. 16.

mêmes effets et entraîner les mêmes solutions. Or, nous voyons la Cour de cassation déclarer à propos du privilège du vendeur que, « le bien dotal ne peut servir à acquitter les obligations contractées par la femme durant le mariage (1). La Cour ne s'est pas déjugée depuis cette époque. On cite cependant souvent un arrêt du 14 juin 1881 (2), comme étant en sens contraire. C'est là une erreur : il n'a pas été question, dans cet arrêt, de savoir si le droit de préférence de la femme était opposable au vendeur qui exerce son privilège : il est vrai que la Cour a bien permis au vendeur de saisir l'immeuble pour se faire payer ; « il s'agissait..., poursuit M. Wahl, non pas d'un immeuble non dotal acquis en tout ou partie, comme ayant été acquis en partie à titre d'emploi, prescrit par le contrat de mariage, de valeurs dotales. » Quand bien même il aurait été admis que le vendeur puisse saisir un immeuble non dotal acquis avec des deniers dotaux, il resterait à savoir si le vendeur, comme tout créancier ordinaire, doit respecter la dotalité incluse et laisser la femme prélever la valeur des biens dotaux qui ont servi à cette acquisition ;

2° On a déclaré que l'égalité était l'âme des partages : si, en conséquence, on ne fait pas fléchir la dotalité devant l'égalité, celle-ci n'est plus respectée quand une femme dotale concourt à un partage. Pourquoi, se demande

(1) Cass., 11 mai 1859, S. 59. 1. 481, et aussi Nîmes, 11 janvier 1882, S. 82. 1. 137.

(2) Cass., 14 juin 1881, S. 82. 1. 97.

M. Wahl, l'égalité l'emporterait-elle, quand, aux yeux du législateur, « le maintien de l'immeuble dotal dans le patrimoine de la femme est plus sacré que le principe de l'égalité des partages ? » Et cette considération résulte de ce que le copartageant peut renoncer à son privilège, alors que la femme dotale ne peut renoncer à sa dotalité, soit directement, soit indirectement (art. 1560) ;

3° Le privilège du copartageant a le même fondement que le privilège du vendeur ; dans un cas, comme dans l'autre, le privilège est donné en compensation de la portion de biens qui entre dans le patrimoine de l'une des parties. Puisqu'aux termes de l'arrêt précité du 11 mai 1850, la Cour de cassation refuse au vendeur, le droit d'exercer son privilège sur le bien dotal, il doit en être de même quand il s'agit du privilège de l'article 2103-3° ;

4° Si l'on soutenait que la femme dotale cherche à se faire restituer contre les conséquences nécessaires et légales d'un acte inattaquable, ne serait-il pas facile de répondre qu'elle n'attaque pas le partage, mais qu'elle entend seulement échapper au privilège ? De plus, le privilège n'est pas la conséquence nécessaire du partage, puisque les copartageants peuvent y renoncer et, si les privilèges étaient de plein droit attaché aux créances, l'insaisissabilité ne serait plus respectée par les créanciers hypothécaires ou même chirographaires. Les privilèges, du reste, n'ont pas d'effet vis-à-vis du débiteur, mais seulement entre les créanciers du débiteur ; or, la dotalité

fait disparaître les privilèges ; c'est ce que la jurisprudence a déclaré à propos du privilège des architectes (1) ;

5° On a dit que la dotalité ne couvrirait pas les actes involontaires de la femme et, qu'en conséquence, dans les cas où le partage aurait été provoqué, les tiers, pas plus que la femme, n'ont pas pu empêcher le privilège de grever les immeubles attribués à celle-ci ; l'insaisissabilité s'évanouit en présence d'un partage forcé. Ce raisonnement part d'une erreur, au dire de M. Wahl ; s'il est vrai que la femme ne peut pas opposer la dotalité pour couvrir ses délits, il n'est pas admis que les « dettes nées des quasi-contrats de la femme, quoique nées sans sa volonté et sans la volonté du créancier », puissent « donner lieu à la saisie des biens dotaux » ;

6° La Cour de Limoges (2) déclare que, « le partage n'ayant d'autre objet que de déterminer la part de propriété de chacun des copartageants dans la chose commune, la femme dotale y contracte, par rapport aux biens qui en forment l'objet, les mêmes obligations que si elle était mariée sous tout autre régime » ; car « elle n'a pu se rendre personnellement adjudicataire qu'à la charge d'acquitter le prix ou la soulte. » Dès lors, en conclut M. Wahl, « le privilège du copartageant s'exercerait

(1) Toulouse, 26 février 1855, D. 95. 2. 611 ; Caen, 19 et 20 juillet 1866, S. 67. 2. 261 ; deux arrêts, l'un de Paris, 11 avril 1850, S. 51. 2. 163, et l'autre de Rouen, 25 juin 1867, S. 68. 2. 284 sont, prétend-on, en sens contraire ; en réalité ils n'ont pas rapport à la question.

(2) Limoges, 16 juin 1860, D. 61. 2. 71, S. 61. 2. 330.

contre la femme dotale, parce que le partage n'est pas translatif! »

7° Si l'on admet que le privilège de l'article 2103-3° s'exerce sur les immeubles dotaux recueillis dans une indivision, il faut admettre avec les Cours d'appel (1), contre la Cour de Cassation, que le vendeur pourra exercer son privilège sur le bien dotal : mais alors « comment comprendre que le privilège du copartageant puisse s'exercer non pas seulement sur la partie de l'immeuble dont ce copartageant était, antérieurement au partage, propriétaire indivis, mais encore sur la partie, qui était avant ce partage la propriété de la femme, et qui se trouvait entre ses mains frappée de dotalité? » L'équité veut que le vendeur n'ait un privilège que sur ce qui fut avant l'aliénation sa propriété — pour le copartageant la même équité voudrait faire restreindre le privilège à cette partie du bien : et celà la Cour de cassation ne l'a pas admis dans son arrêt du 18 novembre 1895 (précité) ! Et même en vertu de l'article 883, la femme étant censée propriétaire de la totalité de l'immeuble, ce copartageant ne pourra jamais saisir même une portion de l'immeuble : la femme ne tient pas cette portion de son copartageant, elle la tient de l'ancien propriétaire.

M. Wahl est cependant obligé d'admettre que cet arrêt de 1695 est un échelon de plus dans l'évolution suivie par

(1) Montpellier, 24 janvier 1895, D. 95. 2. 434, S. 95. 2. 179.

la jurisprudence tendant à restreindre la dotalité, qui entrave la libre circulation de biens.

M. de Loynes soutient l'opinion inverse ; à vrai dire il ne pose pas la question à propos du privilège du copartageant, mais à propos de celui du vendeur ; nous avons vu que le problème est le même dans les deux cas et doit entraîner des solutions identiques.

1° *Jurisprudence.* — D'après lui la jurisprudence aurait consacré :

1° D'une part que le droit pour la femme de prélever sur le prix de l'immeuble le montant des sommes dotales employées à son acquisition, ne peut pas être opposé au vendeur de cet immeuble (1).

2° D'autre part que le cohéritier créancier d'une soulte pourrait exercer son privilège sur les biens dotaux grevés de la soulte (2).

2° *Équité.* — Les décisions sont au surplus conformes à l'équité, car la femme pourrait trop facilement acquérir des biens sans les payer. Le vendeur, il est vrai, se sauverait, en invoquant l'action résolutoire, l'article 7 de la loi

(1) Aix, 7 décembre 1832, J. G. V° Priv. et hyp., 414, Paris, 20 novembre 1858, D. 59. 2. 78 ; Nîmes, 11 janvier 1882, D. 82. 2. 60 ; Aix, 20 janvier 1894, D. 94. 2. 286 ; Trib. civ. de Grenoble, 7 mars 1895, D. 96. 2. 348 ; la Cour de cassation n'a pas directement statué sur la question mais l'aurait résolue implicitement le 14 juin 1881, D. 82. 1. 105.

(2) Limoges, 16 juin 1860 précité ; Montpellier, 24 janvier 1895, D. 95. 2. 434 ; Req., 13 novembre 1895, D. 96. 1. 16, S. 97. 1. 65.

du 23 mars 1855 ne s'y oppose pas, car il est conçu dans l'intérêt des tiers non dans celui des contractants : quoiqu'ayant perdu son privilège, le vendeur emploiera l'action résolutoire qui y survit dans ce cas (1). Mais le copartageant n'a pas cette ressource et se voit privé de tout recours ; il ne peut même pas saisir les biens grevés de soulte.

3° *Considérations de droit.* — 1° Supposons que le emploi soit fait en vertu d'une clause du contrat de mariage et que le prix d'adjudication égale la valeur à remployer : l'immeuble sera dotal après le paiement du prix en biens dotaux. Mais si la condition du paiement du prix est exigée pour que l'immeuble devienne dotal, le vendeur ou le copartageant sont désintéressés et il n'est plus question du privilège. De plus l'insaisissabilité n'empêche pas l'immeuble dotal de subir les obligations créées par la loi, telles que les servitudes légales d'utilité publique, l'expropriation, les créances d'aliments, l'hypothèque légale du mineur et bien d'autres obligations ; puisque le privilège est, comme ces diverses obligations, créé par la loi, ne devrait-il pas s'exercer sur l'immeuble, alors même que celui-ci serait destiné à être affecté de dotalité ?

On dit que le privilège naît avant la dotalité (2), en réalité sa naissance se produit un instant après le transfert de propriété, parce qu'elle ne peut être que la conséquence

(1) M. Planiol a démontré le contraire, II, 1569.

(2) Aix, 20 janvier 1894, précité.

de celle de la créance du prix ; le privilège accessoire du prix, doit naître en même temps que lui. Or, celui-ci naît après le transfert de propriété ; « l'immeuble, acquis avec des deniers dotaux en vertu d'une clause du contrat de mariage, en conclut M. de Loynes, est grevé du privilège du vendeur, tant que le prix n'est pas payé d'une part, parce que jusqu'au paiement du prix, il n'est pas dotal à l'égard du vendeur, d'autre part parce que le privilège est établi par la loi. »

2° Si le prix est supérieur aux valeurs à remployer, l'immeuble est en partie dotal, en partie paraphernal : le vendeur, à supposer qu'il ait reçu la partie dotale du prix, devra-t-il subir le prélèvement des deniers dotaux, dans l'ordre ouvert sur une poursuite en expropriation, ou exercera-t-il son privilège pour obtenir le paiement de ce qui lui reste dû sans se préoccuper de ce prélèvement ? Il faut supposer bien entendu que l'adjudication sur saisie ne produit pas une somme suffisante pour désintéresser à la fois la femme et le vendeur non payé. Suivant M. de Loynes le vendeur sera préféré à la femme parce que son privilège est indivisible : la vente forme un bloc et il n'y a pas à distinguer la partie dotale de celle qui ne l'est pas.

Du reste on exagère le système de protection du régime dotal : la femme est mise à l'abri de ses « actes volontaires et licites mais non pas contre toutes les éventualités ; qu'un immeuble dotal dont l'aliénation a été permise sous condition de emploi, soit remplacé dans le patrimoine de la femme par un autre immeuble dont la vente également

autorisée par le contrat de mariage, ne produit qu'une somme inférieure à son prix d'acquisition; la dot sera diminuée; notre hypothèse est analogue. La perte vient de la non réussite de l'adjudication sur expropriation forcée. »

M. de Loynes conclut en faisant remarquer que la même solution s'applique au privilège du copartageant. On ne peut, dit-il, parler ici « de droit retenu, ni de droit pré-existant, les copartageants n'étant pas les ayants cause les uns des autres. » Cette argumentation a d'ailleurs été rejetée par lui pour le privilège du vendeur.

MM. Wahl et de Loynes soutiennent chacun leur théorie avec de très sérieux arguments et en se fondant sur des monuments de jurisprudence. Nous croyons cependant devoir nous rallier à l'avis de M. de Loynes, qui nous paraît plus conforme à la pensée du législateur et interpréter plus exactement la tendance de la jurisprudence (1) si surtout on examine les arrêts les plus récents. Nous concluons donc en disant avec M. Planiol (2) que : « La dotalité n'empêche nullement la constitution des privilèges qui sont créés d'office par la loi pour garantir certains créanciers dont l'action peut atteindre le fonds dotal. »

(1) Aix, 40 juillet 1899, D. 1900. 2. 241; Cass., 40 février 1903, S. 1903. 4. 33; Cass., 31 juillet 1900, S. 1901. 4. 383; note de M. A. Tissier; Riom, 12 juillet 1901, S. 1902. 2. 37.

(2) Planiol, III, 4327.

§ 2° ASSIETTE DU PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT

I. *Accessoires de l'immeuble*

Le privilège du copartageant atteint en même temps que la chose principale toutes celles qui sont réputées en être l'accessoire. — L'article 2148 porte : « sont susceptibles d'hypothèques les biens immeubles... et leurs accessoires réputés immeubles. » Quoique cet article soit relatif aux hypothèques et non aux privilèges, il faut l'étendre aux privilèges spéciaux sur immeubles et spécialement au privilège de l'article 2103-3°, car, ainsi que l'a dit M. Planiol (1) : « Les privilèges spéciaux sur les immeubles n'ont rien de commun avec les vrais privilèges ; ce sont de véritables hypothèques qui jouissent d'un classement de faveur. »

Les accessoires réputés immeubles, ceux qui sont frappés par le privilège, seront :

1° Les immeubles par destination, c'est-à-dire « les objets mobiliers par leur nature qui sont considérés comme immobiliers, à titre d'accessoires d'un immeuble auquel ils se rattachent » (2) ;

2° Les fruits pendants par branches et par racines, qui restent grevés du privilège, tant qu'ils sont adhérents au

(1) II, 2887.

(2) Planiol, I, 2210.

fonds, mais qui, devenant mobiliers par suite de leur séparation, cessent de l'être, à ce moment, sauf en cas de fraude ;

3° La redevance des mines, qui se trouve comprise dans le privilège par le fait que le privilège frappe la surface (art. 18 de la loi du 21 avril 1810) ;

4° Les servitudes actives ; quoique la loi n'en parle pas, elles se trouvent nécessairement comprises dans le gage, car elles ne peuvent être séparées du fonds.

II. *Améliorations et augmentations*

Le privilège du copartageant frappe-t-il les améliorations que l'immeuble reçoit ? Par améliorations ou augmentations, il faut entendre les constructions nouvelles élevées par le débiteur, les alluvions, les constructions élevées par un tiers acquéreur sous réserve de l'article 2175 et aussi les accessoires placés dans l'immeuble depuis le jour où le privilège est né sans distinguer si c'est le propriétaire primitif ou l'acquéreur, qui est l'auteur de leur annexion, sauf dans ce dernier cas l'application de l'article 2175.

La question que nous venons de poser pour le privilège du copartageant, se pose également à propos du privilège du vendeur. Nous ne voyons pas pourquoi l'on donnerait des solutions différentes, puisque les deux privilèges sont de même nature ; ils portent tous deux sur les immeubles seulement, le code les a créés dans le même article (art. 2103)

et les a dénommés : « privilèges spéciaux sur immeubles. » Il serait donc anormal d'appliquer des règles générales à l'un et non à l'autre.

Or, plusieurs auteurs ont déclaré que l'article 2133, aux termes duquel l'hypothèque s'étend d'une manière inévitable aux améliorations et augmentations dont l'immeuble hypothéqué est l'objet, ne s'appliquait pas quand il s'agissait du privilège du vendeur d'immeubles. Le privilège, disent-ils, ne porte que sur l'immeuble vendu, le vendeur n'a mis que sa valeur dans le patrimoine de l'acheteur ; or, les constructions nouvelles (1) et les immeubles par destinations (2), mis après la vente au service de l'immeuble ne peuvent être grevés du privilège par un fait postérieur au contrat, et étranger au vendeur ; ils ont été payés avec l'argent des autres créanciers. Du reste l'article 2175 fournit en ce sens un argument puissant d'analogie, en déclarant que le tiers détenteur doit prélever la valeur de la plus value produite par les améliorations qu'il a faites ; c'est donc que le législateur n'a pas voulu que le créancier hypothécaire s'enrichisse aux dépens d'un tiers acquéreur ; par analogie il n'est pas équitable que le vendeur bénéficie des impenses faites depuis le contrat par l'acheteur. Les auteurs qui défendent cette théorie ajoutent cependant que

(1) Paul Pont, I, 197 ; Aubry et Rau, § 284. Texte et note 6, III, 4^e éd. p. 410 ; Planiol, II, 2898 ; Paris, 6 mars 1834, J. G. V^o Priv. et hyp., 472, S. 34. 2. 308 ; Lyon, 2 janvier 1835, J. G. *eod.* v^o 435.

(2) Aubry et Rau, § 284. Texte et note 5, III, 4^e éd., p. 410 ; Poitiers, 22 mars 1848, D. 50. 2. 46, S. 50. 2. 636.

l'on doit faire une exception pour les meubles immobilisés à perpétuelle demeure (1), car, disent-ils, en les détachant on les détériore. Somme toute, à leur avis, les nouvelles constructions et les immeubles par destination qui peuvent facilement être enlevés, ne doivent pas être compris dans le gage du vendeur et ne tombent pas sous le coup de son privilège.

Certes ces considérations sont graves, mais l'article 2103-1° crée un privilège. Par suite de son silence sur les augmentations et les améliorations faites sur le bien vendu, le droit commun doit donc s'appliquer et il faudrait un texte pour déroger aux articles 2118 et 2133. Il y a d'autant plus de raisons de les appliquer que, comme nous l'avons dit, les privilèges immobiliers sont des hypothèques bénéficiant seulement d'un tour de faveur. Pourquoi distinguerait-on donc entre l'hypothèque et le privilège du vendeur ?

De plus, l'argument d'analogie tiré de l'article 2175 n'est pas très convaincant : cet article est écrit pour le cas où une hypothèque ayant été consentie, le bien hypothéqué est vendu et le tiers acquéreur a élevé des constructions nouvelles. Il ne concerne donc pas le cas où c'est le débiteur originaire qui, dans l'hypothèse, a fait des améliorations. Or, dans le cas du privilège du vendeur nous examinons la question de savoir si les constructions nouvelles édifiées par l'acheteur débiteur principal, tombent sous le

(1) Aubry et Rau, § 284. Texte et note 5, III, 4^e éd. p. 410.

coup du privilège; nous avons à tenir compte de l'article 2175; il faudrait supposer que le bien a été revendu par l'acheteur avant le paiement du prix et que de nouvelles constructions ont été édifiées par le tiers acquéreur. Somme toute, la loi permet au créancier vendeur ou créancier hypothécaire, de s'enrichir des impenses faites par son débiteur acheteur ou débiteur hypothécaire, mais non de celles faites par celui qui n'est tenu qu'en qualité de tiers détenteurs. Pourquoi n'appliquerait-on pas la même règle à l'acheteur qu'à tout débiteur hypothécaire? L'analogie se retourne contre ceux qui veulent la faire valoir.

Cette théorie est appuyée par de nombreuses décisions judiciaires et soutenue par un grand nombre d'auteurs, qui appliquent au privilège du vendeur les règles générales de notre régime hypothécaire (1).

Il y a une triple raison de l'appliquer au privilège du copartageant :

1° D'abord il n'y a pas à résoudre la question de l'étendue du privilège du copartageant, d'une manière différente

(1) Duranton, XIX, 158; Massé et Vergé sur Zacharie, V. p. 149, § 793, note 12; Laurent, XXX, 17 et 18; Thézard, 280; Marton, II, 558; André, 296; Lépinos, III, 1047; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 593; Guillouard, III, 1519-1520; Surville, II, 566, Paris, 15 février 1866 et sur pourvoi requête 15 juillet 1867, D. 68. 1. 57, S. 68. 1. 9; Colmar, 8 décembre 1868, J. G. supp. V^o Priv. et hyp., 215, S. 70. 2. 41; Bordeaux, 28 avril 1873, S. 73. 2. 195, D. 74. 2. 57; Alger, 23 mars 1897; *Monit. Jud.*, Lyon, 27 avril 1897; Trib. civ. Seine, 21 janvier 1902, D. 1905. 2. 145.

que pour le privilège du vendeur : car, nous l'avons dit, ces privilèges sont créés par la loi dans le même article et dénommés de la même façon.

2° Si l'on peut dire que les améliorations n'ont pas été mises dans le patrimoine de l'acheteur comme la chose vendue, l'on ne peut parler de la même façon à propos du privilège du copartageant, où à vrai dire, rien n'est mis dans le patrimoine de l'un des copartageants par un autre copartageant : ils ne sont pas les ayants cause les uns des autres. Tout au plus, pourrait-on raisonner ainsi : l'un des copropriétaires a reçu plus que sa part, mais les améliorations qu'il a faites ne figurent pas dans ce qui excédait son droit.

3° Lorsque le privilège du copartageant n'a pas été inscrit dans le délai prescrit par la loi, il dégénère en hypothèque. On voudrait donc que le copartageant qui n'a pas régulièrement conservé son privilège ait pour garantie les améliorations faites par son débiteur et que celui qui aurait au contraire suivi les prescriptions de la loi pour conserver son privilège ne puisse pas se faire payer comme tout créancier hypothécaire sur ces améliorations, conformément aux articles 2118 et 2133 ! Nous ne pouvons admettre une théorie qui aboutit à un résultat aussi étrange, et donne plus de droit à celui qui ne s'est pas conformé aux prescriptions légales !

III. — *Expropriation. — Indemnité d'assurance*

Conformément à la théorie que nous venons de développer, nous donnerons dans les hypothèses suivantes les mêmes solutions pour le privilège du copartageant, que celles admises en matière hypothécaire :

1° En cas d'expropriation faite en vertu de la loi du 3 mai 1841, article 17 *in fine*, le privilège passe sur l'indemnité allouée au copartageant exproprié.

2° De même en vertu de la loi du 19 février 1889 (art. 2), le privilège du copartageant sera transporté sur l'indemnité d'assurance en cas d'incendie de l'immeuble grevé (1).

IV. — *Quels sont les immeubles frappés du privilège du copartageant ?*

Le privilège du copartageant frappe les immeubles compris au partage avec les immeubles par destination et les constructions nouvelles qui y sont joints, mais frappe-t-il tous les immeubles compris dans le partage ? Nous ne pouvons répondre à cette question sans faire de distinction ; nous diviserons cette étude en trois para-

(1) Enfin si le copartageant débiteur vient à réunir à l'immeuble grevé d'autres immeubles, le privilège n'existera néanmoins que sur l'immeuble ayant fait l'objet de l'attribution aux termes du partage ou de la licitation (Cpr. Poitiers, 1^{er} juin 1875, D. 77. 2. 232).

graphes correspondant chacun à l'une des trois causes génératrices du privilège :

1^{er} Garantie des lots

Aux termes de l'article 2103-3° le privilège du copartageant, dans les cas où il y a lien à garantie (1) porte sur tous les immeubles attribués à tous les copartageants : « Les cohéritiers, dit-il, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux. »

Mais par suite des dispositions de l'article 886, l'attributaire d'un bien, objet dans la suite d'une éviction, qui remplit les conditions nécessaires pour recourir en garantie contre ses copartageants, n'aura le privilège que dans la mesure où ceux-ci sont tenus personnellement d'indemniser l'évincé. La créance, qui naît de l'éviction au profit de l'évincé, se divise en autant de fois qu'il y a de copartageants y compris l'évincé ; le privilège n'existe que dans la mesure de cette action individuelle : A, B et C, ayant des droits égaux, concourent à un partage : A est évincé d'une valeur de 30.000 francs, B et C sont tenus de l'indemniser chacun de la somme de 10.000 francs et ces deux créances seront garanties par le privilège du copartageant, sur les immeubles compris au partage, attribués à B et à C (2).

(1) V. *infra*, 2^e partie, chap. I.

(2) Duranton, XIX, 485 ; Marcadé, II, sur article 885 ; Delvincourt, II, p. 454 ; Chabot, SS^{on}, II, sur article 885, n° 2 ; Paul Pont, I, 202 ; Demolombe, SS^{on} II, 369 ; Colmet de Santerre, IX, 55 bis, V ;

Cette solution se justifie aisément; la créance de garantie naissant divisée, le privilège naît lui aussi divisé. Ce serait en vain que l'on opposerait l'indivisibilité des privilèges : elle n'existe que dans la mesure de la créance que le privilège garantit, c'est-à-dire dans la limite de la part héréditaire de chaque héritier. La créance du copartageant n'est pas une créance contre la masse, créance qui se diviserait en autant de fois qu'il y a de copartageants, mais une ou plusieurs créances individuelles contre un ou plusieurs copartageants. Les choses se passent à ce point comme si en l'absence du privilège établi par la loi, le copartageant créancier stipulait une hypothèque conventionnelle pour garantir ce qui lui est dû par ses copartageants ; chacun d'eux pour sa dette personnelle ne pourrait affecter que les immeubles dont il est propriétaire et non ceux des autres : mais l'indivisibilité reparaît quand la part du copartageant passe aux mains de ses propres héritiers, ceux-ci sont tenus, chacun pour le tout, comme détenteurs du bien affecté au privilège (1).

A côté de cet argument juridique, il faut encore signaler le circuit d'actions dispendieux, que ferait naître l'exercice d'une action en garantie contre un seul pour la valeur totale du bien évincé.

Thézard, 1074; Demante, IV, 220 *bis*, II; Aubry et Rau, § 263, texte et note 28, III, 4^e éd., p. 173; Planiol, III, 2911; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 622; Huc, XIII, 119; Caen, 10 février 1851, D. 55. 2. 5. S. 53. 2. 73; Orléans, 3 juin 1863 et sur pourvoi. Req., 19 juillet 1864, D. 64. 1. 470, S. 64. 1. 445.

(1) Thézard, 288.

Si l'un des cohéritiers de l'évincé se trouve être insolvable au moment du recours en garantie « la portion, dit l'article 885-2°, dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables. » La créance contre un copartageant sera-t-elle privilégiée pour le tout, ou simplement pour sa part, et non pour la part de l'insolvable qu'il supporte ? Nous ne voyons pas pourquoi l'on ferait ici une distinction, entre la part que le copartageant devait originairement supporter et celle que l'article 885-2° lui fait supporter par suite de l'insolvabilité d'un des copartageants ; la loi ne fait aucune distinction de ce genre (1).

Il convient de faire remarquer que si « le partage comprend deux masses de biens d'origines différentes, lorsque, par exemple, des enfants ont réuni dans un même partage les biens provenant de la succession du père et ceux qui leur ont été abandonnés par la mère survivante, le privilège de l'article 2103-3° n'affecte les immeubles de la première masse ou de la succession que pour la garantie du partage de cette succession. Et si l'abandon de la mère a été fait sous la condition que les donataires acquitteraient les dettes contractées par elle depuis le décès de son mari, la créance de garantie dont les copartageants sont tenus réciproquement pour l'exécution de cette clause n'est pas privilégiée sur les immeubles héréditaires ; ces

(1) Laurent, XXX, 36 ; Planiol, II, 2944 ; Guillouard, II, 517 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 622.

immeubles en effet ont pu être grevés d'hypothèque du chef de l'un des cohéritiers avant l'abandon de la mère et le privilège résultant du partage des biens abandonnés n'est pas opposable aux créanciers inscrits sur les immeubles de la succession (1). »

De même quand les enfants règlent par un même partage les successions de leurs père et mère. Il y a lieu de distinguer pour l'exercice du privilège, les biens paternels et les biens maternels. Si une valeur provenant de la succession paternelle est l'objet d'une éviction, seuls les immeubles provenant de cette succession sont grevés du privilège.

2^{ent} *Soultés ou retours de lots*

La détermination des biens affectés du privilège en cas de recours en garantie ne soulève pas beaucoup de difficultés ; il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de soultés ou retours de lots.

Il y a d'abord une hypothèse très simple, qui ne peut présenter matière à controverse : quand les copartageants sont au nombre de deux et que l'un d'eux se trouve débiteur envers l'autre d'une soulte, le privilège ne portera nécessairement que sur les immeubles attribués par le partage au débiteur de la soulte.

Quand, au contraire, le nombre des copartageants est

(1) J. G., Supp. V^o Priv. et hyp., 229. Cass., 5 avril 1881, D. 81. 1. 358.

supérieur à deux, le privilège portera-t-il sur tous les immeubles partagés à l'exception de ceux attribués au créancier de la soulte ou seulement sur les immeubles mis dans le lot du copartageant débiteur de la soulte ? L'article 27-4° de la loi belge du 16 décembre 1851 tranche la question d'une façon formelle : les copartageants sont privilégiés « pour le paiement des soultes ou retour de lots sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de soulte à moins que par l'acte de partage le privilège n'ait été restreint à un ou plusieurs de ces immeubles. »

Nos textes loin de résoudre la question sont si peu concordants qu'ils permettent à toute théorie de se justifier : ils disent tout ce que l'on veut :

1° L'article 2103-3° par ces mots « sur les immeubles de la succession » et l'article 2109, *in principio* par ces termes « sur les biens de chaque lot... pour les soultes ou retour de lots » paraissent dire que le privilège du copartageant porte sur tous les biens compris dans le partage.

2° L'article 2109, *in fine*, détruit cette conception, quand il parle du « bien chargé de soulte. »

Il y a là une contradiction entre l'article 2103-3° et l'article 2109 et cette contradiction est encore plus flagrante dans l'article 2109, puisque le commencement et la fin de cet article semblent soutenir deux systèmes absolument opposés et incompatibles ; aussi les auteurs se sont-ils divisés en deux groupes ; les uns se fondant sur l'article 2103-3° et sur la première partie de l'article 2109 déclarent que tous les immeubles de l'indivision sont

grevés du privilège; les autres restreignent la portée du privilège aux biens mis dans le lot du débiteur de la soulte en se basant sur l'article 2109 *in fine*.

Les premiers, ceux qui interprètent la loi de la façon la plus générale, sont les plus nombreux (1). Ils ne trouvent pas de distinction dans les textes et en concluent qu'il n'y a pas lieu d'en créer : « L'article 2103-3°, base du privilège du copartageant, met sur le même rang, le recours en garantie et les soultes ou retours de lots : en cas de recours en garantie le privilège s'étend à tous les immeubles de la succession » pourquoi en serait-il autrement pour les soultes alors que les textes ne font aucune distinction ?

Ils ont d'ailleurs des motifs spéciaux pour se décider : Tarrible (2) les formule ainsi : « Ce n'est pas par une convention pure, ni par un consentement spontané du cohéritier auquel il est dû une soulte, qu'un excédent se trouve dans le lot de l'un des cohéritiers, c'est par la nécessité résultant de la difficulté des divisions et constatée, soit par un jugement soit par la reconnaissance de tous les cohéritiers. Si donc l'intérêt de tous les cohéritiers a déterminé ce partage inégal et a établi une soulte en

(1) Tarrible, *Rep. de Merlin*, V° Priv., sect. iv, § 4; Persil *Quest.*, I, chap. v; Duranton, XIX, 186; Troplong, I, ; Aubry et Rau, § 263. texte et note 27, III, 4 éd, p. 172; Guillaouard, II, 515-516; Baudry Lacantinerie et de Loynes, 623; Huc, XIII, 119; Caen, 10 février 1851, D. 55. 2. 5, S. 53. 2. 73. Cpr. Req., 19 juillet 1864, S. 64. 1. 445, D. 64. 1. 470.

(2) Tarrible, *Rep. de Merlin*, V° Priv., sect. iv, § 3.

faveur de l'un d'eux, tous les autres doivent répondre sur les biens de la succession du paiement de la soulte, de la même manière qu'ils seraient tous responsables d'une éviction soufferte par l'un des cohéritiers. »

Les seconds (1), ceux qui donnent à la loi une interprétation restrictive, résolvent la difficulté par une distinction : l'indécision, qui se manifeste dans les articles 2103-3° et 2109, vient de ce que le législateur a vaguement entrevu que le privilège devrait tantôt porter sur tous les immeubles de la succession, tantôt se restreindre aux biens mis dans le lot du débiteur de la soulte. En effet, il est impossible d'établir un privilège qui, par essence, est l'accessoire d'une créance, sur les biens d'une personne, qui ne serait pas tenue personnellement vis-à-vis du bénéficiaire de ce prétendu privilège. Un privilège ne pourra jamais s'établir que sur les biens du débiteur principal et des débiteurs accessoires. Il reste donc à voir si les copartageants non débiteurs de la soulte sont débiteurs accessoires et c'est ici qu'intervient une distinction.

Pour que le copartageant créancier de la soulte ait intérêt à agir contre ceux qui, aux termes du partage ne lui doivent pas la soulte, il faut que le débiteur de la soulte ne puisse pas la lui payer, qu'il soit insolvable ; le moment où se produit cette insolvabilité déterminera la portée du privilège :

(1) Paul Pont, I, 207 ; Thézard 288 ; Lépinois, III, 1077 ; Mourlon, I, 172 ; Planiol, II, 2912.

1° Le copartageant était insolvable avant le partage et son lot ne comprenait pas d'immeubles de valeur suffisante pour garantir le paiement de la soulte dont il était débiteur : c'est que la soulte n'avait pas la valeur que lui attribuait l'acte de partage. « Le partage *ab initio* est, dit Paul Pont (1), affecté d'un vice qui engage la responsabilité de tous et exige que le recours accordé au créancier de la soulte soit assuré par un privilège ayant la même étendue que celui dont l'objet est d'assurer le recours en garantie pour le cas d'éviction. » Il y a éviction, le recours en garantie s'exercera et le privilège portera sur tous les immeubles attribués aux copartageants non débiteurs de la soulte. C'est donc avec raison, que l'article 2103-3° et que l'article 2109 *in principio* emploient les termes « les immeubles » ... « les biens de succession. »

2° Mais si l'insolvabilité survient postérieurement au partage, si elle est due à un fait naturel ou accidentel arrivé après la conclusion du partage, si les immeubles qui, au jour du partage étaient en quantité et de valeur suffisante pour répondre par privilège du paiement de la soulte, ont péri plus tard par cas fortuit, la situation est inverse : les copartageants non débiteurs de la soulte ne sont plus débiteurs accessoires et le privilège du copartageant ne grève pas les immeubles qui leur ont été attribués par le partage ; en effet, le recours en garantie ne pourra pas s'exercer, puisque la cause de l'éviction est

(1) Paul Pont, I, 207.

postérieure au partage : l'accorder serait violer l'article 884. C'est pour viser cette situation que dans l'article 2109 *in fine*, le législateur a employé les mots : « sur le bien chargé de soulte. »

Cette théorie semble conforme aux textes et il serait impossible d'arguer des termes peu concordants des articles 2103-3° et 2109 pour la contredire. Du reste, elle explique l'indécision du législateur, par l'intervention dans notre matière du recours en garantie.

Elle aurait encore pour avantage de « laisser, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1), une certaine latitude aux juges, pour apprécier si le débiteur de la soulte était ou non solvable au moment du partage et de décider, par suite, si le privilège doit être restreint au débiteur de la soulte ou s'étendre à tous les lots. »

Cet avantage nous paraît plutôt être un inconvénient. La trop grande liberté laissée aux tribunaux, crée une incertitude grave pour le crédit des copartageants, qui ne sont pas débiteurs de la soulte; il est souvent très difficile de savoir à quelle époque on pourra faire remonter l'insolvabilité d'un homme mêlé aux affaires et particulièrement aux négociations commerciales; comme il sera possible aux juges de fixer la date de l'insolvabilité à une époque antérieure au partage, les copartageants non débiteurs de la soulte trouveront difficilement des prêteurs qui consentiront à se laisser primer par le créancier de la soulte,

(1) I, 623.

dans le cas où l'insolvabilité aura été reportée à une date antérieure au partage. Il y a là un aléa très préjudiciable au crédit des copartageants ; il restera cependant aux créanciers de ces copartageants, la ressource de contrôler si les immeubles attribués au débiteur de la soulte étaient, au moment du partage, de valeur suffisante pour assurer le paiement.

Outre ces inconvénients résultant de leur théorie, les auteurs qui l'enseignent n'ont en elle qu'une confiance très limitée ; Paul Pont (1) l'avoue en ces termes : « Il y aurait tout avantage à ce que la loi. s'applique d'une manière plus précise et plus nette....., il faut regretter qu'elle ait été rédigée en termes assez équivoques pour qu'ait prévalu une idée qui cause de graves détriments aux détenteurs d'immeubles provenant de partages consommés avec soulte, en ce que la solution et les éventualités qu'elle comporte peuvent paralyser et même détruire leur crédit. »

Cette demi-confiance des auteurs en leur propre doctrine prouve sa faiblesse ; aussi penchons-nous vers l'opinion contraire : pour nous, le privilège porte sur tous les immeubles ayant composé l'indivision.

L'article 2103-3° ne doit pas être haché ; ses termes doivent être pris tous ensemble : il en résulte que les copartageants sont respectivement garants du paiement des soultes : « Les cohéritiers, dit-il, pour la garantie..... des

(1) Paul Pont, *op cit.*

soultés ou retour de lots. » La soulte résulte d'une stipulation du partage ; or, l'exécution de toutes les clauses du partage est garantie par le privilège du copartageant ; c'est, du reste, la compensation accordée par la loi en retour du refus de la clause résolutoire en matière de partage. Donc, le privilège en cas de soulte doit porter sur tous les immeubles partagés, c'est-à-dire, avoir la même portée que lorsqu'il assure le paiement d'une dette née du partage, comme un rapport ou une restitution de fruits.

L'article 2109 n'a pas la portée qu'on lui attribue : ce n'est pas lui qui établit la portée du privilège ; il en fixe seulement le mode de conservation. Le législateur n'a pas pu revenir, dans cet article, sur ce qu'il avait déjà fait.

Du reste, MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1) expliquent la signification de l'expression « bien chargé de soulte », employée *in fine* dans cet article, en disant que « tous les immeubles partagés sont grevés de soulte comme affectés à l'exécution, les uns, de l'obligation personnelle contractée par l'attributaire, les autres, de l'obligation de garantie qui pèse sur les autres copartageants. »

Comment, du reste, admettre que le législateur se soit contredit, non pas seulement dans deux articles rapprochés, mais même dans le même article ? Ce serait vraiment bien mal juger les auteurs de notre Code. Dans une formule

(1) *Op. cit.*

qui est mauvaise, l'article 2109 rappelle *in principio* que tous les biens sont grevés du privilège pour le paiement de la soulte et *in fine* que le principal obligé, celui sur les biens duquel il sera le plus souvent requis seulement une inscription à l'exclusion des autres, est le débiteur de la soulte. Cette explication peut s'ajouter et compléter celle que nous venons de donner des termes de l'article 2109 : après avoir montré que tous les biens étaient grevés, il vient à l'esprit du législateur de viser le cas le plus fréquent, celui où l'inscription est seulement requise sur les immeubles attribués au débiteur de la soulte : dire que les biens grevés sont seulement ceux mis dans le lot du débiteur de la soulte, ce serait ériger en principe un cas prévu entre beaucoup d'autres, un exemple cité par le législateur pour éclairer une formule qui lui paraissait embarrassée.

Nous pouvons, de plus, ajouter, quoiqu'en dise Paul Pont, que notre solution est plus conforme à l'équité que celle qu'il adopte. Il serait injuste, dit-il, que le copartageant réponde d'une dette, parce que son copartageant a mal géré ou a détérioré les immeubles qui lui avaient été attribués par le partage et qui devaient garantir le paiement de la soulte ; le partage était équitable à l'origine et tout ce qui concerne la soulte depuis la conclusion du partage, devient une opération particulière, dans laquelle il n'y a plus d'intéressés que celui qui doit la soulte et celui à qui elle est due.

Pour que ce raisonnement fût exact, il faudrait que le

créancier de la soulte eût entendu suivre la foi de l'un quelconque de ses cohéritiers ; qu'il eût consenti à devenir son créancier personnel et à courir, par là même, les risques de son insolvabilité ; or, il n'en est rien ; le copartageant ne devient pas volontairement, dans beaucoup de cas du moins, créancier de la soulte ; c'est là un fait qui lui est imposé par les circonstances, par les nécessités naturelles du partage et c'est en retour des inconvénients qu'entraînent ces circonstances, que la loi accorde au copartageant créancier de la soulte, un privilège sur tous les immeubles partagés. Il ne faut pas avec Paul Pont, assimiler le recours du copartageant non payé au recours qu'exercerait un copartageant prodigue, qui réclamerait à nouveau son lot, après l'avoir perdu par sa faute : le second n'a qu'à s'en prendre à lui même, mais le premier n'a rien reçu et reste créancier d'une somme égale à ce qu'il a reçu en moins, et si, en fait, il doit réclamer cette somme à l'un de ses cohéritiers, c'est pour la commodité des opérations ; son droit n'en demeure pas moins intact.

Ne pourrait-on pas, cependant, nous reprocher, avec le rapporteur de la loi belge du 16 décembre 1851, de porter préjudice aux copartageants qui ne sont pas débiteurs de la soulte : « Il y a, dit ce dernier, grand intérêt à ce que tous leurs biens ne soient pas grevés d'une inscription à raison d'une dette souvent minime et dont ils ne sont pas personnellement tenus. » Le danger est plus chimérique que réel : les personnes, qui désireront traiter avec les copartageants, ne pourront-elles pas se rendre compte

si les immeubles mis dans le lot du débiteur de la soulte, sont de valeur suffisante pour répondre du paiement de la soulte ? Ne pourront-elles pas apprécier l'importance de l'inscription et la négliger, si elle ne peut, plus tard, préjudicier à leurs intérêts ? On apprécie bien la valeur d'une hypothèque légale ou judiciaire, pourquoi ne ferait-on pas de même pour le privilège du copartageant ? Du reste, le rapporteur avoue lui-même qu'il ne s'agit, le plus souvent, que d'une dette minime.

Quant à l'étendue du privilège sur les immeubles attribués à chacun des copartageants, elle est fixée par l'obligation personnelle dont chacun « est tenu soit en qualité de débiteur ou de codébiteur de la soulte, soit en qualité de garant des effets du partage, et spécialement du paiement des soultes mis à la charge des autres communistes. En conséquence, les immeubles mis au lot du débiteur de la soulte répondront de la totalité de la dette. Au contraire, les immeubles mis au lot des autres copartageants ne seront atteints que pour la part de la soulte que chacun d'eux pourra être tenu d'acquitter. Ici l'action personnelle se divise ; le privilège naîtra divisé dans la même mesure (1). »

Les partisans de la théorie que nous combattons, reviennent alors à la charge et emploient un dernier argument, qui est des plus sérieux : vous êtes, disent-ils, de notre avis, mais vous appliquez mal les principes : vous avouez en plusieurs endroits et particulièrement, quand

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 623.

vous fixez l'étendue du privilège que les principes de la garantie doivent être appliqués ; vous frappez du privilège les biens du débiteur principal, parce qu'il doit personnellement la soulte, et vous frappez aussi ceux des autres parce qu'ils sont garants de l'obligation prise par le débiteur principal ; mais vous oubliez que l'action en garantie échouera, si la cause de l'éviction, c'est-à-dire, dans le cas présent, le fait qui empêche le paiement de la soulte, est postérieure au partage.

Cette objection enlèverait tout fondement à notre système, s'il était exact que nous nous servions de la garantie d'éviction ou de la garantie d'une créance ayant fait partie de l'indivision. La garantie que nous invoquons est celle qui est due à toute obligation prenant naissance dans une clause du partage ; les copartageants ont tous promis à celui qui a reçu un lot inférieur, le paiement d'une soulte, et ils ont chargé l'un deux en échange d'un avantage qu'ils lui ont conféré, d'exécuter ce paiement : si ce dernier n'exécute pas son obligation, ils restent tous responsables de l'engagement qu'ils ont pris en commun. Nous faisons intervenir ici la théorie que nous avons exposée (1), théorie qui accorde le privilège du copartageant sur tous les immeubles de la succession pour garantir l'accomplissement de toute obligation née du partage. Il n'est plus question ici de cause antérieure au partage : il s'agit de cette espèce de garantie que le législateur a

(1) V. *suprà*. 2^e partie, chap. I^{er}.

instituée par ces mots : « la garantie des soultes ou retour de lots. » En un mot nous bâtissons notre système sur l'article 2103-3°, non sur l'article 884.

Enfin, nous devons constater, avec M. Planiol (1), que la différence entre les deux opinions est moins grande qu'elle ne le paraît. Si l'insolvabilité est antérieure au partage, le privilège portera dans les deux systèmes sur tous les immeubles attribués aux copartageants non débiteurs de la soulte. « C'est donc seulement, dit cet auteur, pour le cas où le copartageant débiteur n'est devenu insolvable que depuis le partage que les deux opinions se trouvent en désaccord : l'idée de garantie (d'éviction) étant écartée, l'une ne donnera le privilège que sur les biens mis au lot du débiteur de la soulte, conformément à l'article 2109, l'autre, celle qui a notre préférence, l'étendra à tous les lots conformément à l'article 2103. »

3° *Prix de licitation et de droits indivis*

Dans le cas de licitation, le privilège du copartageant ne frappe pas l'immeuble licité. C'est ce qui résulte de l'article 2109 : « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilège sur le bien licité... pour le prix de la licitation. » Et *in fine* le même article parle du « bien adjugé sur licitation ». L'article 2103-3° ne prévoyant pas le cas où le privilège garantit le prix de licitation n'a rien à voir dans

(1) Planiol, II, 2942.

cette question. Nous avons du reste vu que tous les auteurs admettent que le privilège doit être étendu, grâce à l'article 2109, aux prix d'adjudication sur licitation (1).

Si un copartageant recevait dans son lot d'autres immeubles que celui qu'il a acquis par licitation, ceux-ci ne seraient pas grevés du privilège au moins à ce titre. Le privilège de l'article 2103-3° se rapproche donc ici beaucoup du privilège du vendeur d'immeubles (2) et présente de nombreuses différences avec les deux hypothèses que nous venons d'étudier, où le privilège porte sur tous les immeubles partagés.

Nous appliquerons la même théorie au cas où l'un des immeubles indivis aurait été cédé à l'amiable et sans enchère par tous les copartageants à l'un d'eux : « la vente équivaldrait bien à un partage puisqu'elle ferait cesser l'indivision d'une manière absolue à l'égard de tous mais elle n'aurait ce caractère que pour l'immeuble, objet du contrat ; le partage ne serait que partiel ; le privilège du copartageant ne pourrait frapper que ce bien (3). »

Nous appliquerons aussi les mêmes principes au cas où une cession de droits indivis ferait complètement cesser

(1) V. *suprà*. p. 75.

(2) Troplong I, 239 ; Aubry et Rau, § 263, III ; 4^e éd., p. 172 ; Duranton, XIX, 184 ; Laurent XXX, 33 ; Planiol, II, 2911 ; Thézard, 289 ; Guillouard, II, 518 ; Colmet de Santerre, IX, 35 *bis*, II ; Baudry Lacantinerie et de Loynes, II, 524.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 624 ; V. aussi Thézard, 289.

l'indivision : Puisque la majorité des auteurs et la jurisprudence admettent que le privilège peut dans ce cas naître de cet acte (1), nous assimilons pour l'étendue du privilège le prix de la cession de droits indivis au prix de licitation, mais nous constaterons que cette assimilation produit un résultat bizarre, à savoir que tous les immeubles seront grevés, puisque le cédant avait droit à une portion de chaque immeuble ; la cession porte donc sur tous les immeubles et le privilège s'étend à chacun d'eux.

Reste à dire quelques mots d'une difficulté qui peut naître du principe de l'indivisibilité des privilèges. Il a été jugé (2) que le privilège accordé aux copartageants sur le bien licité était indivisible de sa nature et grevait tous les immeubles licités pour la totalité du prix de licitation. Voici l'hypothèse qui s'était présentée : Deux immeubles étaient mis en adjudication et furent adjugés sur licitation à l'un des coindivisaires moyennant des prix fixés séparément ; par le partage le prix de l'un de ces immeubles fut attribué à l'adjudicataire pour le remplir de ses droits et le prix de l'autre immeuble fut abandonné aux autres copartageants. La Cour de Paris décida que le privilège accordé à ces derniers pour assurer le paiement du prix de licitation afférent au second immeuble porterait à cause de son indivisibilité sur les deux immeubles.

(1) V. *suprà*. p. 56 et s.

(2) Paris, 4 janvier 1823, J. N., art. 4534, P. 24, I, 475.

Nous ne pouvons admettre cette solution : Le prix abandonné à l'adjudicataire s'éteint par confusion et le prix de l'autre immeuble attribué aux copartageants non adjudicataires est seul garanti par privilège sur l'immeuble qui a été l'objet de cette attribution. Il y a eu deux adjudications, une pour chaque immeuble ; en conséquence nous ne voyons pas pourquoi l'un des prix de licitation ne s'éteindrait pas par confusion, alors que l'autre restant dû serait garanti par privilège, mais seulement sur l'immeuble auquel il correspond ? C'est, répond l'arrêt, parce que l'adjudicataire, qui était en même temps créancier et débiteur de la masse à partager, n'a pas reçu le prix de l'immeuble par lui acquis « par confusion ou à titre de prélèvement de créance, mais à titre de partage. » Mais alors l'indivisibilité existera quand il y a partage et non quand il y a confusion ! Que le prix de l'un des immeubles ait été attribué à titre de prélèvement de créance ou à titre d'abandonnement de droits héréditaires, le privilège s'éteindra d'un sens comme de l'autre, avec la créance qui lui a donné naissance. Cela n'empêche pas que le prix de l'autre immeuble qui reste dû sera garanti par le privilège du copartageant, mais seulement sur l'immeuble dont il représente la valeur. L'indivisibilité n'a rien à faire ici : il y a deux adjudications, deux prix et deux privilèges entièrement indépendants l'un de l'autre. Pour que l'indivisibilité des privilèges puisse intervenir, il aurait fallu que les deux immeubles aient été adjugés en même temps

et pour un prix unique ; si une partie de ce prix avait été par le partage attribué à l'adjudicataire, le privilège aurait quand même porté, pour la portion restant due, sur les deux immeubles.

QUATRIÈME PARTIE

De la conservation du privilège du copartageant

L'article 2109 du Code civil est ainsi conçu : « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilège sur les biens de chaque lot ou sur le bien licité par l'inscription faite à sa diligence dans les soixante jours à dater du partage ou de l'adjudication sur licitation ; durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix. »

C'est donc par une inscription que se conserve le privilège du copartageant, et cette inscription doit être requise dans un certain délai, pour avoir un plein effet.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSCRIPTION DU PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT

Cette formalité d'inscription requise pour la conservation du privilège du copartageant, crée entre celui-ci et celui du vendeur d'immeubles une différence considérable : ce dernier, en effet, se conserve par la transcription de l'acte d'aliénation (art. 2108). Le système de la transcription était inapplicable à un privilège qui naît des partages ou licitations, puisque ces actes sont déclaratifs et non translatifs de propriété et comme tels ne sont pas soumis à la formalité de la transcription (art. 883 et loi du 23 mars 1855, art. 1^{er}).

§ 1^{er}. — L'INSCRIPTION EST SUFFISANTE

La loi n'exige pas d'autre formalité que la prise d'inscription. Aussi est-ce à tort que la Cour d'Agen (1) a décidé que le privilège de copartageant n'est pas oppo-

(1) Agen, 23 juillet 1888 et sur pourvoi 23 juin 1890, D. 91. 1. 168, S. 93. 1. 502.

sable à un créancier hypothécaire quoique régulièrement inscrit dans les soixante jours du partage, si la transcription du jugement d'homologation du partage n'a pas été opérée dans le même délai. En exigeant cette transcription, l'arrêt du 23 juillet 1888, constitue une violation flagrante de la loi, car l'article 2109 se borne à imposer l'inscription du privilège du copartageant et la loi du 23 mars 1855 ne prescrit, dans son article 1^{er}, que la transcription des actes translatifs de propriété et ne prévoit dans son article 6 que l'inscription du privilège du copartageant dans les quarante-cinq jours du partage pour la conservation du droit de suite. C'est avec juste raison que la Cour de cassation a mis à néant cette décision et a consacré comme principe que l'inscription seule du privilège de l'article 2103-3^o, suffit à sa conservation (1).

§ 2^o. — L'INSCRIPTION EST NÉCESSAIRE

Si l'inscription du privilège est suffisante, elle est aussi nécessaire : elle ne peut être remplacée par aucune autre formalité. La transcription de l'acte de partage ou de la licitation ne peuvent la suppléer. Les auteurs et la jurisprudence semblent entièrement d'accord sur cette question, qui par suite des termes formels de l'article 2109 et du principe que tout est de rigueur en matière de for-

(1) Aubry et Rau, § 278, note 18 *bis*, III, éd., p. 593 ; Huc, XIII, 155 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 626, Guillouard, III, 1293.

malités hypothécaires, ne se pose que très rarement dans la pratique (1).

§ 3. — QUI DOIT REQUÉRIR L'INSCRIPTION

L'inscription, dit l'article 2109, sera prise à la « diligence » du copartageant créancier. Nous verrons cependant que l'inscription d'office prise par le conservateur des hypothèques, sur la transcription d'un prétendu acte de vente qui est un partage peut conserver le privilège, lorsque ses énonciations sont suffisamment claires pour renseigner les tiers sur la vraie nature de la créance (2).

Ce n'est pas que ces mots « à sa diligence » insérés dans l'article 2109 n'aient pas d'importance ; ils sont d'un précieux secours, pour résoudre une des graves questions qui se posent au point de vue de la responsabilité personnelle des notaires, celle de savoir quand ceux-ci sont responsables de n'avoir pas pris une inscription hypothécaire, qui devait être opérée à la suite d'un acte dressé

(1) Troplong, I, 290 ; Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 392 ; Zachariæ § 276, note 7 ; Flandin, II, 1123 ; Persil, I, sur article 2109, 1 ; Colmet de Santerre, IX, 70 bis, II ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, III, 1172 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 826 ; Planiol, II, 3148 ; Paris, 19 juin 1817 ; S. 18. 2. 109 ; Bourges, 26 janvier 1844, D. 45. 2. 131. S. 45. 2. 426 ; Montpellier, 2 décembre 1844, D. 45. 2. 130 ; S. 45. 2. 587 ; Montpellier, 27 janvier 1854, D. 55. 2. 113.

(2) Beudant, II, p. 62, note 1 ; Huc XIII, 155 ; Cass., 26 novembre 1895, D. 96. 1. 313 ; note Planiol, S. 96. 1. 73.

par eux. Par suite de l'article 2109, en dehors d'un mandat spécial, le notaire qui a dressé l'acte de partage ne sera pas tenu sous sa responsabilité personnelle de faire opérer ladite inscription (1). « Il est clair, dit Paul Pont (2), que la partie doit agir elle-même ou par un tiers auquel elle donne mandat dans les termes des articles 2134 et 2148. Et déclarer un notaire responsable par cette seule considération du mandat légal et parce qu'après avoir procédé à une adjudication par licitation entre cohéritiers, il n'a pas pris l'inscription du privilège, le déclarer responsable de ce que cette inscription, qui devant être faite à la diligence de la partie, n'a pas été prise par elle ou a été prise tardivement, c'est faire violence à la loi, en changer les termes et y ajouter. » La Cour de cassation ajoutait dans son arrêt précité du 14 février 1855 : « Attendu qu'il faut reconnaître, que le notaire qui a procédé à une adjudication sur licitation, ne saurait être tenu à aucune responsabilité envers les colicitants pour défaut d'inscription du privilège de ces derniers, dans le délai légal à moins toutefois qu'il ne soit chargé des suites de l'opération et de la conservation des droits de ses clients. »

(1) Paris, 13 juin 1854 et sur pourvoi req. 14 février 1855, D. 55. 1. 170, S. 55. 1. 171. Cet arrêt consacre notre solution tout en rendant responsable le notaire parce que le mandat résultait de l'ensemble des circonstances.

(2) Paul Pont, II, 292. V. aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 826.

§ 4. — ÉNONCIATIONS QUE DOIT CONTENIR L'INSCRIPTION
DU PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT. — INSCRIPTION D'OFFICE

L'inscription requise pour la conservation du privilège du copartageant s'opère suivant les règles générales contenues au chapitre IV du titre XVIII du troisième livre du Code civil. Elle doit spécialement contenir et il suffit qu'elle contienne des énonciations révélant aux tiers l'existence du privilège du copartageant. C'est ainsi que la Cour de cassation (1) a déclaré que « le privilège des copartageants, qui garantit la créance née d'une cession de droits successifs équivalant à un partage est valablement conservé à l'égard des tiers par l'inscription d'office, prise par le conservateur, lorsque cet acte lui a été présenté à la transcription comme une vente, pourvu que les énonciations contenues dans cette inscription, suffisent à révéler aux tiers la véritable nature de la créance. »

Comme l'a très justement fait remarquer M. Planiol dans une note sous l'arrêt précité du 26 novembre 1895 : « cette inscription semblait atteinte d'un double vice : 1° elle n'avait pas été prise par la personne qui aurait dû la prendre ; 2° elle annonçait l'existence d'un privilège autre que celui qu'elle conservait en réalité. »

L'arrêt répond ainsi au premier reproche en se fondant

(1) Cass., 26 novembre 1895, D. 96. 1. 313 ; note Planiol, S. 96. 4. 73.

sur l'article 2148 : « Attendu que l'article 2109 du même Code, aux termes duquel le cohéritier conserve son privilège par l'inscription faite à sa diligence, n'est pas limitatif; que de l'article 2148 et des termes généraux dans lesquels il s'exprime, il résulte que les tiers peuvent aussi faire inscrire ce privilège; qu'aucune loi ne défend au conservateur des hypothèques lui-même à peine de nullité d'opérer l'inscription sans requisition de créancier. » Il est vrai que du premier alinéa de l'article 2148, ainsi conçu : « Pour opérer l'inscription, le créancier représente soit par lui-même soit par un tiers au conservateur des hypothèques, l'original, etc. », il paraît bien résulter que l'inscription peut être requise par un tiers; mais la façon dont s'exprime le Code montre bien que le mot tiers est ici employé comme synonyme de mandataire ou de représentant légal du créancier. « Par l'intermédiaire de ce tiers, dit M. Planiol, c'est le créancier lui-même qui requiert l'inscription; il est entendu que ce tiers agit sur l'ordre du créancier. »

Si l'argument tiré de l'article 2148 n'est pas irréprochable, il n'en faut pas moins accepter la décision de la Cour de cassation; bien des inscriptions peuvent être requises sans mandat du créancier: c'est ainsi que le mari, le tuteur prennent inscription sur eux-mêmes et, en le faisant, ils n'agissent pas comme représentant d'un incapable, puisque la femme mariée et le pupille ne sont pas intéressés à la prise d'inscription. De plus n'a-t-il pas toujours été admis qu'un acte conservatoire peut être fait

par toute personne? Or, la prise d'inscription est bien un acte conservatoire (comp. art. 2139). Enfin, il paraît « généralement admis que l'inscription peut être prise au nom des parties intéressées et notamment par le conservateur des hypothèques (1). Pour qu'une inscription prise d'office par le conservateur, même en matière du privilège de copartageant, fût nulle, il faudrait un texte formel, pour lui interdire de prendre cette inscription; or, ainsi que le fait remarquer l'arrêt du 26 novembre 1895, ce texte n'existe pas (2). »

Quant au second reproche, sa gravité ne peut être contestée. La rectification de l'erreur sur la nature de la créance qu'admet l'arrêt, entraîne, dit M. Planiol, « un changement de nature du privilège et, par suite, dans le rang attribué au créancier inscrit. » « Quand une inscription a été prise d'office par le conservateur à la suite de la transcription d'un acte tenu pour un acte de vente, c'est à dire, pour la conservation d'un privilège de vendeur, comment les tiers devraient-ils y voir l'inscription d'un privilège de copartageant (3). » Un arrêt de la Cour de

(1) Cass., 13 juillet 1841, S. 41. 1. 731; Agen, 4 janvier 1854, S. 54. 2. 350; Colmar, 30 mai 1865, S. 65. 2. 348 avec les notes et les autorités y citées; *adde* Aubry et Rau, § 270, texte et notes 17 et 20, III, p. 321 et 322; Thézard, 141; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1621. *Contra* : Poitiers, 1^{er} juillet 1831, S. 31. 2. 241; Nîmes, 29 novembre 1854, S. 54. 2. 512.

(2) Note anonyme dans S. 96. 1. 73.

(3) Note anonyme dans S. 96. 1. 73.

Bourges (1) a d'ailleurs refusé le droit d'exercer le privilège du copartageant, quand celui-ci avait été conservé par une inscription d'office, prise par un conservateur des hypothèques sur la transcription d'une prétendue vente qui n'était qu'un partage : « Attendu, dit l'arrêt, qu'une pareille garantie ne peut à la différence du privilège du vendeur, être conservée par la transcription du titre dont elle émane ni par l'inscription qu'en ferait d'office le conservateur des hypothèques, qui, dans ce cas, n'a pour prendre inscription ni mission ni qualité. » En effet la déclaration exacte de la nature de la créance est une des conditions essentielles de la publicité en matière hypothécaire.

Cependant la nullité de l'inscription a pu être écartée, dans l'hypothèse soumise à la Cour de cassation, par des considérations de fait : « Si l'arrêt attaqué, dit la Cour de cassation, constate qu'à la suite de la transcription de l'acte sus mentionné, il a été pris inscription d'office par le conservateur, comme en matière de vente, il déclare que cette inscription renfermait toutes les énonciations nécessaires pour renseigner les tiers et les avertir qu'il s'agissait d'un privilège de copartageant. » Au surplus la Cour de cassation n'a pas modifié sur ce point sa jurisprudence antérieure : car si un arrêt du 10 novembre 1812 (2) rejette le privilège du copartageant, c'est que l'inscription

(1) Bourges, 26 janvier 1844, D. 45. 2. 131.

(2) Cass., 10 novembre 1862, D. 62. 1. 470.

d'office avait été prise après le délai de soixante jours imparti par l'article 2109 pour la conservation du privilège (1). Enfin « l'article 2148, ajoute un arrêt de la Cour de Paris (2), indiquant d'une façon très précise ce que doivent essentiellement contenir les bordereaux nécessaires pour opérer l'inscription, il ne peut être ajouté à cet article, qui n'exige nullement la qualification de l'hypothèque prise ; d'où cette conséquence que la validité d'inscription d'hypothèque ne peut dépendre de la qualification donnée à l'hypothèque qu'elle doit garantir. »

L'inscription ayant été prise d'office par le conservateur et ses termes étant suffisamment clairs pour avertir les tiers, le privilège du copartageant se trouve donc conservé. Cette solution n'est pas contraire à ce que nous avons dit ci dessus : à savoir que la transcription n'était pas suffisante pour conserver le privilège ; car à cet endroit nous examinions l'hypothèse où aucune inscription n'a été prise.

L'inscription ne doit pas indiquer la situation vague des biens sur lesquels porte le privilège du copartageant (3) : Ceci n'a rien de particulier pour le privilège ; c'est l'application du principe de la spécialité de l'inscription hypothécaire, quant au gage. Aussi nous ne consacrerons

(1) Un arrêt de Montpellier, 21 décembre 1844, D. 45. 2. 130, s'explique de la même façon ; le délai de l'article 2109 étant écoulé, le privilège du copartageant dégénère en hypothèque, conformément à l'article 2113.

(2) Paris, 10 mars 1892, sous Cass., 14 novembre, S. 94. 1. 397.

(3) Nîmes, 4 mai 1887, J. N., art. 24010.

aucun développement à l'arrêt qui a indiqué cette solution, pas plus que nous ne nous étendrons sur les formalités et autres énonciations que doit contenir l'inscription du privilège ; les principes généraux de notre régime hypothécaire s'appliquent, sans exception, à notre matière. Il n'y a que l'hypothèse d'une inscription d'office qui puisse présenter quelques difficultés : nous l'avons étudiée.

Nous signalerons seulement un arrêt de la Cour de Toulouse (1), qui a décidé que l'inscription pouvait ne pas contenir la valeur estimative de la créance qu'elle garantissait. Cela nous paraît très contestable, car cette indication est nécessaire dans toute inscription (art. 2148-4°), même dans les hypothèques judiciaires et dans les hypothèques légales, sauf, pour celles-ci, la dispense résultant dans le cas prévu par l'article 2153-3°. Il semble donc, que la Cour de Toulouse ait violé une des dispositions du chapitre IV : « Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques », lequel est entièrement applicable à l'inscription du privilège du copartageant.

(1) Toulouse, 20 mai 1881, S. 83. 2. 81 ; *Rev. Not.*, n° 6349.

CHAPITRE II

DU DÉLAI ACCORDÉ AU COPARTAGEANT POUR INSCRIRE SON PRIVILÈGE

I. — *Justification du délai*

Il ne suffit pas que le copartageant prenne, pour conserver son privilège, une inscription, il faut que cette inscription soit requise dans le délai de « soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation » (art. 2101). Et la loi ajoute : « durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé sur licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix » (même art.).

Cette règle est sage et d'une justification facile ; les Codes étrangers l'ont approuvée et consacrée (1).

Comment, en effet, l'inscription aurait-elle pu précéder le partage ou la licitation ? Il est impossible, avant la conclusion d'un des actes qui font disparaître l'indivision,

(1) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 33-36 ; Monaco, C. civ., art. 1926 ; Portugal, C. civ., art. 934 ; Bas-Canada, C. civ., art. 2104, 2105 ; Haïti, C. civ., art. 1876.

de savoir si une créance existera en faveur d'un des copartageants ; or, avant la naissance de cette créance, il ne peut y avoir de privilège. « Il est impossible, dit la Cour de cassation (1), d'étendre l'article 2109, en ce sens, que l'inscription puisse précéder le partage ou la licitation puisqu'avant ces actes, il n'y a ni lot ni soulte à conserver. »

Comment, aussi, aurait-on pu exiger, pour satisfaire pleinement le principe de la publicité des privilèges que l'inscription fût prise à l'instant où prend naissance le privilège ? Il fallait accorder un délai au copartageant pour lui permettre de s'inscrire et, ce délai, la loi l'a fixé à soixante jours.

II. — *De l'inscription avant le partage*

Mais, qu'une créance naisse au cours du partage, l'inscription du privilège pourra être requise de suite, c'est-à-dire avant que le délai ait commencé à courir, sans qu'elle puisse être qualifiée de prématurée. « Le délai de soixante jours, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), détermine, non le moment à partir duquel la publicité

(1) Cass., 4^{er} mai 1860 précité ; V. aussi P. Pont, I, 289 ; Guillouard, III, 1295, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 827.

(2) I. 827. Dans le même sens : Beudant, p. 62. note 1 ; Guillouard, III, 1295 ; Cass., 15 janvier 1896, D. 96 1. 441 ; note de Loynes, S. 96. 1. 497 ; note Tissier ; Cpr., Aubry et Rau, § 278, note 18 bis, III, 5^e éd., p. 593.

peut être réalisée, mais le terme au-delà duquel l'inscription ne peut plus être faite avec la même efficacité. »

Cette hypothèse a, d'ailleurs, été soumise aux tribunaux : l'un des cohéritiers est déclaré, avant le partage, comptable envers la succession, des fruits qu'il avait perçus comme ayant joui, à l'exclusion des autres, de tous les biens à partager depuis la naissance de l'indivision ; les cohéritiers créanciers peuvent, avant de procéder au partage, inscrire le privilège de copartageant pour garantir le remboursement des fruits :

Le Tribunal civil de Marvejols (1) n'a pas admis la validité de cette inscription et l'a déclarée prématurée : « Attendu, dit le jugement, que vainement on soutient que l'inscription peut être requise au cours des opérations préalables au partage, avant l'acte qui le constitue, une telle interprétation étant en contradiction avec la jurisprudence et le texte même de l'article 2109 du Code civil. »

La Cour de cassation a, avec raison, refusé d'admettre cette théorie :

1° Les textes en effet n'empêchent nullement d'inscrire le privilège avant le partage, à condition qu'il soit possible d'opérer cette inscription. Un privilège comme une hypothèque peut garantir une créance pure et simple, comme une créance conditionnelle ou une créance indéterminée dans son quantum ou même une créance simplement éventuelle : telle l'hypothèque légale d'un mineur, d'une

(1) Marvejols, 30 janvier 1893, S. 96. 1. 497.

femme mariée; tel le privilège du vendeur dans une vente conditionnelle; tel surtout le privilège du constructeur, qui doit être inscrit avant le commencement des travaux, c'est-à-dire à une époque où la créance n'est encore qu'éventuelle. Pourquoi en serait-il autrement pour le privilège du copartageant? Si l'article 2109 en donnant un délai de soixante jours pour inscrire le privilège, a dérogé à l'article 2106, d'après lequel les privilèges doivent être rendus publics au moment de leur naissance, c'est, nous l'avons dit, sous l'empire d'une nécessité inéluctable; « sa disposition, dit M. de Loynes (1), n'est pas restrictive, elle est extensive. Elle n'enlève pas au copartageant la faculté de bénéficier du droit commun de l'article 2106, de faire inscrire son privilège dès la naissance même simplement éventuelle de sa créance, dès le jour où a commencé l'indivision, puisque le partage et le privilège qui en découle rétroagissent à cette date. » Le juge ne peut prononcer la nullité de l'inscription soi-disant prématurée, puisqu'aucun texte ne l'y autorise. Que par le partage, le copartageant requérant ne se trouve plus dans la suite créancier contre le copartageant sur les biens duquel il a inscrit, il sera tenu de donner mainlevée de l'inscription et de supporter les frais d'inscription et de radiation; mais s'il est attributaire par le partage d'une créance sur son copartageant, il bénéficiera du privilège conservé par l'inscription qu'il a requise.

(1) Note précitée, D. 96. 1. 441.

Non seulement il n'y a pas de texte pour permettre l'annulation de l'inscription, mais en droit l'effet rétroactif du partage (art. 883) vient encore vivifier cette inscription. Celle-ci a, somme toute, été prise depuis la naissance de la créance, puisque cette dernière est censée avoir existé dès la date de l'ouverture de la succession.

Il y a plus encore : cette solution est en harmonie avec le principe de la publicité hypothécaire : cette publicité est établie dans l'intérêt des tiers ; or, que leur importe que l'inscription précède le partage ou la suive dans les soixante jours de sa date ? Ils seront aussi bien avertis dans un cas comme dans l'autre et éclairés sur la situation juridique de l'immeuble.

Nous croyons avoir démontré la première partie de notre affirmation : les textes n'empêchent pas d'inscrire le privilège avant le partage ; il nous reste à expliquer la condition qui suit cette affirmation : il faut qu'il soit possible d'opérer cette inscription. En droit, en effet, l'inscription est permise avant le partage pour assurer le paiement d'une créance conditionnelle ou éventuelle ; mais en fait on se heurte aux exigences de l'article 2148 : l'inscription ne pourra être valable n'énonçant ni la nature de l'acte duquel résulte la créance, ni à plus forte raison la date de cet acte, ni le nom du copartageant débiteur, ni le chiffre exact dont le requérant sera créancier. En conséquence, en admettant qu'en droit l'inscription est valable, si elle est requise avant le partage, il faut reconnaître qu'en fait il sera le plus souvent impossible de satisfaire

aux exigences de la loi et qu'il faudra attendre le jour du partage pour y puiser les renseignements nécessaires à la confection des bordereaux. Il faut supposer qu'une créance naisse pendant l'indivision, dans les mêmes conditions que dans l'hypothèse que nous avons exposée ci-dessus pour que l'inscription soit possible : les renseignements seront alors fournis par le jugement condamnant le copartageant à la restitution de fruits et l'inscription sera, comme la Cour de cassation l'a décidé, valablement prise.

2° Notre système consacré par l'arrêt du 15 janvier 1896, serait, au dire du Tribunal de Marvejols, en contradiction avec la jurisprudence antérieure et particulièrement avec l'arrêt précité du 1^{er} mai 1860, ce dernier ayant déclaré qu'avant le partage ou la licitation « il n'existe ni lot ni soule à conserver. »

Mais dans l'hypothèse d'une condamnation à restituer des fruits, survenue avant le partage, il faut bien reconnaître que la créance existe et que le privilège a pu prendre naissance avant l'acte qui doit mettre fin à l'indivision. « Il y aurait donc lieu, conclut M. de Loynes (1), pour déterminer l'époque à partir de laquelle peut être réalisée la publicité du privilège de copartageant, de tenir compte de la nature des créances garanties. Sont-elles susceptibles de naître avant le partage, comme la créance des restitutions de fruits, comme la créance du prix de licitation, l'inscription pourra ou devra être requise immédiatement.

(1) Dans sa note précitée.

Au contraire ne résultent-elles que du partage comme la créance de soulte ou la créance de garantie l'inscription ne pourra être prise qu'après le partage définitif. » L'arrêt de 1860 visait le cas normal, celui où avant le partage il n'y a pas de créance due entre les copartageants ; l'arrêt de 1896 s'occupe d'une espèce particulière. Telle est la conciliation qu'il paraît possible de tenter entre les deux décisions.

Cependant cette conciliation ne correspond pas exactement avec ce que nous venons de prouver : pour nous, *en droit* tout au moins, le privilège du copartageant suivrait les règles générales et pourrait être inscrit pour la conservation d'une créance éventuelle, même avant le tirage au sort des lots et le partage définitif. Toutefois, quoique n'acceptant pas l'attendu de l'arrêt de 1860, disant qu'avant le partage il n'y a, entre les copartageants, ni créanciers ni débiteurs et partant pas de créance privilégiée à conserver, nous nous rencontrons, *en fait*, avec la jurisprudence et nous acceptons sa décision, en disant seulement que l'on ne peut pas inscrire parce que le nom du débiteur et le montant de la créance sont inconnus, sauf dans les cas assimilables à l'hypothèse de la restitution des fruits.

III. Du délai de l'inscription du privilège en matière de garantie.

L'article 2109 ne parle du privilège du copartageant qu'en ce qui concerne les soultes ou retour de lots et le

prix de licitation ; or, nous savons qu'aux termes de l'article 2103-3°, le privilège peut être invoqué aussi à raison de la garantie que se doivent les copartageants dans toutes les sortes de cas d'éviction. Que faut-il conclure de ce silence de l'article 2109 sur ce point ?

Delvincourt (1) déclare qu'on ne doit pas suppléer au Code. Dès lors, l'inscription doit être requise dans les soixante jours du partage pour conserver le privilège à l'égard de la garantie des soultes et du prix de licitation. Mais aucun délai n'est imposé pour la conservation du privilège en ce qui concerne la garantie des partages (2).

Cette théorie ne nous paraît pas exacte : le droit d'exercer le privilège du chef de la garantie des partages, sera pour nous subordonnée à la condition d'une inscription dans les délais de l'article 2109. Il y a là deux créances de même nature et l'on ne voit pas pourquoi l'une serait soumise à la publicité et non l'autre. Il n'y a pas de motifs pour distinguer (3).

Si l'article 2109 ne mentionne pas cette créance, c'est

(1) II, 153.

(2) En ce sens : Liège, 9 mars 1818. P. chr. Pau, 29 avril 1854, S. 55. 2. 343 ; D. 51. 2. 144.

(3) Persil, sur article 2109, IV ; Grenier, III, 403 ; Paul Pont, I, 290 ; Demolombe, SS^{on}, V, 368 ; Aubry et Rau, § 278, texte et note 32, III, 4^e éd., p. 366 ; Troplong, I, 291 ; Thézard, 312 ; Toulhier, VII, p. 209 ; Flandin, II, 1125 ; Colmet de Santerre, IX, 70 bis, II ; Verdier, II, 522 ; Guillouard, III, 1308 ; Planiol, II, 3453 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 828 ; Huo, XIII, 154 ; Cass., 12 juillet 1853, D. 53. 1. 335, S. 53. 1. 742.

peut-être parce qu'elle est simplement éventuelle, mais ce n'est pas là une raison pour la soustraire à la règle de la publicité ; seulement l'inscription se fera conformément à l'article 1148-4^o concernant l'évaluation à faire des créances éventuelles, dans les cas où cette évaluation est prescrite par la loi.

C'est en conformité avec cette idée qu'il a été jugé (1) qu'un copartageant pouvait prendre inscription sur les immeubles attribués par le partage à son copartageant alors même qu'il n'est menacé d'aucune éviction et que le copartageant, contre lequel l'inscription a été prise, ne peut pas faire condamner celui qui l'a requise à en donner main levée, au cas où celui-ci n'aurait pas fait connaître dans un certain délai une cause réelle d'éviction. Cependant la cour de Caen (1) a décidé que celui qui fait inscrire son privilège sur les immeubles de la succession ne peut se refuser à donner la main levée de l'inscription, lorsqu'il n'indique aucune crainte de trouble soit de la part des tiers pour cause antérieure au partage, soit de la part des copartageants.

IV. Imputation du délai

L'article 2109 prescrit de prendre l'inscription dans le délai de soixante jours : il importe de ne pas se tromper

(1) Toulouse, 28 mai 1881, J. G., supp., V^o Priv. et hyp., 379, S. 83. 2. 81.

(2) Caen, 30 novembre 1857, Rec. arr. Caen et Rouen, 1858. 1. 19.

sur le calcul du délai accordé par la loi pour requérir cette inscription.

A. *Dies ad quem*

« D'abord, dit Troplong (1), puisque c'est dans les soixante jours que l'inscription doit être formalisée, il s'ensuit que le dernier jour doit être inclus dans le terme. *Dies termini computatur in termino*, »

B. *Dies a quo*

Eu est-il de même pour le *dies à quo* ? Le jour où a été signé l'acte faisant cesser l'indivision doit-il être compris dans le délai, indiqué par l'article 2109 ?

Troplong (2) discute longuement la question en la généralisant ; il l'envisage dans le droit romain, où, à son avis, « le *dies a quo* était compris dans le terme », dans le moyen âge, où cette règle aurait été abrogée « par un consentement général, par le droit canonique et par les libertés de notre droit français ». et enfin sous l'empire du Code civil, qui n'a rien changé à la règle admise déjà : « *dies a quo non imputatur in termino*. » Il étudie toutes les décisions de la jurisprudence et la trouve conforme à

(1) Troplong, I, 293. V. aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 834.

(2) Troplong, I, 294 à 314.

cette règle (1). Et il conclut en ce qui concerne le délai de l'article 2109 : « *Le dies a quo* ne doit pas être compris dans le délai, à moins d'une intention contraire manifestée par le législateur. Cette intention ne se montre pas ici. Le jour de l'acte de partage ou de la licitation doit donc être exclu. Peu importe que notre article fasse courir à dater de l'acte de partage et non à dater du jour de l'acte du partage. Ces deux locutions sont identiques. » Donc sans entreprendre l'étude de cette question au point de vue général, nous nous bornerons à dire, avec MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), que « nous serions portés à penser que le jour du partage, le *dies a quo* ne doit pas être compris dans le calcul. » Et en cela nous appliquons, pour les raisons historiques indiquées par Troplong, la maxime : *Dies a quo non imputatur in termino* (3).

V. Point de départ du délai

Généralités

Étant donné que le privilège du copartageant doit, sous

(1) Rouen, 3 décembre 1821, Denev., 22. 2. 97 ; Bruxelles, 20 février 1811 et 26 juin 1813, Denev., 15. 2. 19 et 21 ; Bruxelles, 19 octobre 1815, Dalloz, Hyp., p. 305 ; Caen, 19 février 1825, D. 25. 2. 160 ; Cass., 5 avril 1825, D. 25. 1. 255 ; Cass., 9 février 1825, D. 25. 1. 134 ; Cass., 9 juillet 1812, S. 12. 1. 367 ; Nancy, 6 janvier 1822, S. 22. 1. 262 ; Lyon, 7 février 1834, S. 37. 2. 357.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 834.

(3) Merlin, XVII, *Rép.*, V^o Délai et Prescription (en sens contraire).

peine de dégénérer en hypothèque, être inscrit dans les soixante jours, il semble que les parties peuvent valablement abréger ces délais, mais qu'elles ne peuvent les augmenter; dans le cas contraire, les tiers seraient lésés : un privilège qui, d'après la loi, ne leur est pas opposable ou ne leur est opposable que comme hypothèque, leur serait opposable comme privilège en vertu d'une convention des parties (arg. C. civ. art. 6). La Cour de cassation a très nettement posé ce principe dans son arrêt du 19 juin 1849 (1) : « Attendu, a-t-elle dit, que les privilèges étant établis par la volonté de la loi, et les formalités imposées pour leur conservation intéressant les tiers, il ne dépendait pas de la volonté des cohéritiers de reculer par une clause quelconque l'époque à laquelle ces formalités devaient être remplies par eux. » En 1903 (2), elle a de nouveau consacré ce principe en décidant qu'une convention ayant pour effet de retarder le point de départ du délai de l'article 2109 n'était pas opposable aux tiers qui ont intérêt à se prévaloir de la transformation du privilège en hypothèque (3).

« Mais si l'intérêt des tiers n'était pas en jeu, si la clause au lieu de leur être préjudiciable ne pouvait leur être que favorable, si, par exemple, elle abrégait le délai

(1) Cass., 19 juin 1849, S. 49. 1. 626, D. 49. 1. 186.

(2) Cass., 19 octobre 1903, D. 06. 1. 273 ; S. 05, 1. 457.

(3) Aubry et Rau, § 278, note 23, III, 4^e éd., p. 363 ; Guillouard, III, 1299 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 831 ; Flandin, II, 1132 à 1135 ; Thézard, 310 ; Verdier, II, 524.

légal, et si, d'ailleurs les parties étaient maîtresses de leurs droits et pleinement capables, la convention serait parfaitement valable et produirait ses effets. Elles pouvaient renoncer au privilège; elles peuvent, à plus forte raison, abréger le délai accordé pour son inscription (1). »

A. *Licitation*

Le délai de soixante jours court du jour de la licitation, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la date à laquelle interviendra le partage définitif (2). Et il y a pour cela une raison décisive : c'est que le privilège naît avec la créance du prix; or, le prix est dû, du moment que l'adjudication a eu lieu. Si au jour de la licitation, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux (3), « les opérations ne sont pas terminées, le prix d'adjudication n'en est pas moins dû par l'adjudicataire qui devient ainsi propriétaire de l'immeuble; le copartageant qui perd tout droit à la propriété, peut et doit dès lors s'inscrire pour conserver le privilège de sa créance. » Au reste, permettre au copartageant d'attendre le partage pour requérir l'inscription de son privilège ce serait aller à l'encontre de l'article 2109. « Le jugement

(1) De Loynes, note dans D. 06. 1. 273.

(2) Aubry et Rau, § 278, 4^e éd., p. 362; Beudant, II, 563, Cpr., Paris, 19 juin 1817, S. 18. 2. 109; Bourges, 26 janvier 1844, D. 45. 2. 131, S. 45. 2. 587; Montpellier, 27 janvier 1854, D. 53. 2. 113.

(3) Bordeaux, 25 juin 1831, S. 31. 2. 275 et aussi Paris, 7 février 1833, S. 33. 2. 418.

et le règlement de compte, dit Audier (1), ne sont-ils pas deux actes parfaitement distincts et leur distinction n'est-elle pas un obstacle à toute équivoque sur la pensée du législateur, qui assurément n'a pas pu se méprendre lorsqu'il a indiqué le jugement d'adjudication, comme point de départ de l'inscription sans parler du règlement de compte? » Et pourtant le législateur n'a pas ignoré, comme le fait remarquer Troplong (2), que seul le partage pouvait fixer la part revenant dans le prix d'adjudication à chacun des copartageants; mais cette part il importe peu de la connaître, le colicitant pourra s'inscrire pour la totalité du prix; ce sera seulement après la liquidation définitive qu'il y aura lieu de supprimer, de restreindre ou de maintenir cette inscription.

D'ailleurs, proroger le délai d'inscription jusqu'au jour du règlement définitif, ce serait provoquer les abus les plus grands, ce serait entraver la liberté des transmissions immobilières, puisque le droit des tiers, qui contracteraient avec l'acquéreur soixante jours après l'adjudication, ne pourrait être à l'abri des recours privilégiés qu'après des opérations que les circonstances pourraient prolonger à l'infini. C'est ce danger que la Cour de Lyon a signalé dans son arrêt du 21 février 1832 (3): « La prorogation

(1) Audier, *Rev. prat.*, 1863, XVI, p. 332 et 333.

(2) Troplong, Addition à son com. du priv., *Journ. de la Magistrature*, t. VIII, p. 8.

(3) Lyon, 21 février 1832, J. G., V^o Priv. et hyp., 689, S. 33. 2. 566.

de délai fixé par l'article 2109, dit-elle, serait contraire au texte formel comme à l'esprit de la loi, et elle entraînerait les plus grands abus, puisque les droits des tiers, qui contracteraient avec l'acquéreur soixante jours après l'adjudication des biens licités sous la foi qu'il n'existe pas de privilège en faveur des copartageants, seraient compromis, si, sous prétexte d'un règlement de compte, on pouvait faire revivre un privilège éteint. Il n'est pas de l'intérêt des tiers comme de celui des copartageants que « le montant des parts et portions de ces derniers soit fixé dans l'inscription, mais bien d'assurer par celle-ci le droit au privilège pour les uns et de faire connaître aux autres l'existence de ce droit (1). »

S'il n'y a pas lieu de s'occuper de la date du partage définitif de l'indivision pour faire courir le délai de soixante jours, il n'y a pas non plus à s'occuper si la licitation a été faite amiablement ou en justice, car dans un cas comme dans l'autre il y a eu déclaration de propriété et naissance d'une créance, celle du prix ; or, le privilège est né de cette créance (2).

Peu importe aussi pour fixer le point de départ du délai

(1) Paris, 7 février 1833, J. G., V^o Priv. et hyp., 689, 3^o S. 35. 2. 418.

(2) Aubry et Rau, § 278, texte et note 23, III, 4^e éd., p. 363 ; Guilouard, III, 1298 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 831, Cpr., Lyon, 23 janvier 1866, S. 66. 2. 287 ; Cass., 19 juin 1849, S. 49. 1. 626, D. 49. 1. 186.

qu'il y ait parmi les colicitants des mineurs. Pour les mêmes raisons que celles indiquées ci-dessus, on ne doit pas faire courir le délai du jour du jugement d'homologation. Du reste : « La nécessité de l'homologation, dit M. Wahl (1), ne s'applique qu'à la liquidation des droits des parties, faite par le notaire commis, et non pas à la licitation qui est une adjudication pure et simple, prononcée d'une manière définitive (2). »

Le point de départ du délai sera encore le même si l'adjudication a pour objet un ou plusieurs immeubles indivis. Cette licitation, ne comprenant que quelques-uns des immeubles indivis, est un partage partiel et a fait cesser l'indivision, quant à ces immeubles ; elle entraîne donc le privilège du copartageant ; on ne voit donc pas pourquoi le délai de soixante jours aurait un point de départ différent quand l'adjudication sur licitation équivaut à un partage partiel ou lorsqu'elle porte sur tous les biens indivis (3).

Dans toutes les hypothèses que nous avons ci-dessus

(1) Note sous Cass., 19 octobre 1903, S. 05. 1. 457.

(2) V. aussi Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 362 ; Guillouard, III, 1296 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 289 ; Huc, XIII, 154 ; Req., 15 juin 1842 ; J. G., V^o Priv. et hyp., 691, S. 42. 1. 631 ; Agen, 6 février 1852, D. 52. 2. 118, S. 52. 2. 233 ; Trib. civ. Gien, 10 juillet avec Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 243, S. 79. 2. 85, Cpr., Req., 17 novembre 1851, D. 51. 1. 313, S. 52. 1. 49.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 829 ; Guillouard, II, 1296 ; Troplong, I, 318 *bis* ; Flandin, II, 1127 à 1129 ; Audier, *Rev. prat.*, 1863, XVI, p. 332 et 333 ; Bordeaux, 15 juin 1831 ; Lyon, 21 février 1832 ; Paris, 7 février 1883, tous trois précités.

étudiées, le point de départ du délai de l'article 2109 est toujours le jour de l'adjudication sur licitation ; nous avons également vu que les parties ne pouvaient pas retarder le point de départ du délai par une clause insérée dans l'acte faisant cesser l'indivision. Est-ce que la qualification qu'elles donneraient à la licitation pourrait cependant amener un résultat contraire à ce que nous avons admis ? Est-ce que, par un moyen détourné, les parties pourraient reculer le point de départ du délai, alors qu'elles ne peuvent le faire ouvertement ?

Une hypothèse très intéressante s'est présentée devant les tribunaux et a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1903 (1).

Un notaire fut commis par jugement pour procéder à la licitation des immeubles dépendant d'une indivision ; en exécution de ce jugement, il fut procédé à l'adjudication et la dernière enchère ayant été portée par l'un des colicitants, il fut déclaré que, « conformément à une clause contenue dans le cahier des charges, les immeubles n'étaient pas adjugés, mais que l'extinction des feux valait obligation de la part du colicitant dernier enchérisseur, comme de la part de ses copartageants, d'en accepter et d'en faire l'attribution audit colicitant dernier enchérisseur pour le montant de son enchère, dans le partage définitif des biens et valeurs de toute nature indivis entre eux. »

(1) Cass., 19 octobre 1903, *Rec. Gaz. du Trib.*, 04, 1^{er} sem., 1. 39, D. 06 1. 275, note de Loynes, S. 05. 1. 457, note Wahl.

Cette clause, aujourd'hui très fréquente, avait été insérée dans le cahier des charges dans un intérêt fiscal. On sait, en effet, que le copartageant est traité pour la perception des droits d'enregistrement, comme acquéreur pour tout ce qui excède sa part dans le bien licité ; il doit payer le droit de mutation sur ce qu'on appelle les parts acquises (L. 22 frimaire au VII, art. 69, § 7, n° 44). Toutefois, par suite d'une jurisprudence indulgente (1), il en est autrement quand la licitation et le partage seront présentés ensemble à l'enregistrement, et que le prix de licitation est attribué au colicitant adjudicataire ; l'administration perçoit alors un droit proportionnel extrêmement réduit (L. 28 avril 1893, art. 19 et L. 22 avril 1905, art. 5) (droit proportionnel de partage), mais les liquidations faites en justice sont longues et se trouvent rarement terminées au moment où expire le délai dans lequel la licitation doit être enregistrée (2). L'administration perçoit alors le droit de mutation sur tout ce qui excède la part du colicitant dans le bien licité, alors même que ce bien entier ne dépasserait pas la valeur de son lot (3). C'est pour remédier à cet inconvénient que l'on a imaginé la clause ci-dessus et la Cour de cassation a reconnu dès longtemps

(1) V. Cass., 7 mars 1893, S. 94. 1. 41 et Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, 575.

(2) Le délai est de 20 jours si la licitation a lieu en justice et de 10 ou 15 jours si elle est faite par devant notaire, suivant le lieu de résidence de ce dernier.

(3) Cass., 12 juillet 1870, S. 70, 1. 405, D. 71. 1. 17.

que, réalisée au profit du colicitant adjudicataire, elle ne constitue pas une licitation soumise au droit de mutation. « L'attribution, a-t-elle dit, n'était destinée à produire aucun des effets d'une licitation proprement dite; en effet, l'attributaire ou assignataire de ce lot, n'était point tenu au paiement d'un prix quelconque pour l'acquisition de parts indivises : il était simplement obligé de prendre l'immeuble dans son lot pour la valeur qui serait déterminée par ses offres, et qui devait elle-même servir de base pour le lotissement des autres copartageants (1). » Les tribunaux (2) se sont rangés à la même solution et l'Administration de l'Enregistrement (3) l'a elle-même acceptée.

Il résulte donc, que dans le cas où une semblable clause a été insérée dans le cahier des charges d'une adjudication sur licitation et où l'un des colicitants porte la dernière enchère, il n'y a pas lieu à la perception du droit de mutation, parce qu'il n'y a pas une acquisition ou une attribution actuelle. Cette même clause produit-elle également ses effets en matière civile ?

Comme le dit justement M. Wahl : « Ici l'intérêt n'est pas dans la question de savoir s'il y a partage ou lici-

(1) Cass., 12 juillet 1870, S. 70. 1. 405, D. 71. 1. 17.

(2) Trib. de Reims, 11 février 1890, D. 90. 5. 230 ; *Journ. de l'Enreg.*, n° 23463 ; Trib. de Nantes, 28 février 1901, S. 1904. 2. 150, *Journ. de l'Enreg.*, art. 26349.

(3) Sol. régie, 3 mars (ou 1^{er} avril) 1890, *Journ. de l'Enreg.*, n° 23463 et 8 novembre 1899, *Rép. pér. de Garnier*, n° 10507.

tation ; qu'il y ait partage ou licitation, c'est en tous cas à partir de l'acte constatant la dernière enchère portée par un colicitant que court le délai dans lequel l'inscription de privilège du copartageant pour le paiement du prix doit être prise. La question importante est de savoir s'il y a, par partage ou par licitation, attribution immédiate de propriété ou bien si cette attribution est reculée jusqu'au moment où aura lieu le partage annoncé, par lequel le prix de l'immeuble sera mis dans le lot du copartageant adjudicataire. » Il n'est point question d'augmenter le délai légal, car la clause sera incontestablement frappée de nullité, comme nous l'avons déjà dit, mais seulement de savoir si l'on peut retarder le moment auquel s'opérera l'attribution du bien ou la cessation de l'indivision.

La Cour de cassation dans son arrêt précité du 19 octobre 1903 a décidé que le délai d'inscription courait du jour de l'enchère, parce que « cet acte a eu pour effet immédiat de faire cesser l'indivision relativement aux immeubles, puisque C... acquérait définitivement un droit exclusif à la propriété moyennant un prix déterminé, et que ce droit n'était nullement subordonné à l'événement de la liquidation où devait être seulement fixée la part revenant à chacun dans le prix. »

Cette décision nous paraît contraire à la volonté des parties et aux faits ; de plus, elle ne résout pas la question.

I. Qu'on relise la clause que nous avons ci-dessus rapportée et l'on sera convaincu qu'il a été stipulé que l'im-

meuble lui-même ferait partie de la masse partageable et que l'enchère n'avait qu'un but — dans le cas où elle serait portée par un des colicitants — celui d'en fixer la valeur. En conséquence « il n'y a pas de prix, puisqu'il n'y a pas eu d'adjudication, et il ne peut être question de répartir un prix qui n'est pas dû (1).

II. L'arrêt de la Cour de cassation n'est pas non plus conforme à la volonté des parties ; celle-ci est « souveraine, dit M. de Loynes, dans une matière où des intérêts privés sont seuls en jeu. Les parties peuvent retarder le transfert de propriété qui est la conséquence d'une promesse de vente (2). Elles peuvent de même ajourner le moment où se consommera l'attribution à l'une d'elles d'un bien indivis et la cessation de l'indivision. C'est précisément ce qu'elles ont fait par une clause spéciale insérée dans le cahier des charges de l'adjudication pour le cas où l'un des colicitants serait le dernier enchérisseur. »

III. Enfin l'arrêt précité ne résout pas la question ; sans examiner si des copartageants peuvent retarder le moment où se fera l'attribution, il se contente d'affirmer que : « il ne peut dépendre des parties dans une matière où l'intérêt des tiers se trouve engagé, d'enlever à l'acte, par de fausses qualifications, le caractère qui lui appartient légalement. » C'est là un principe indiscutable (3). Mais les

(1) De Loynes, note précitée.

(2) Huc, X, 23 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente et de l'échange*, n° 62 ; Cpr. Guillouard, *Tr. de la Vente*, I, 78.

(3) V. *suprà*, p. 32 et s.

copartageants n'ont-ils pas le droit de faire un partage immédiatement, ou de l'ajourner ? Ne peuvent-ils pas dire s'ils entendent réaliser immédiatement le partage ou perdre l'engagement de le réaliser sur des bases qu'ils déterminent dès maintenant ? Dans le premier cas, le délai court du jour de l'acte ; dans le second, il a pour point de départ l'acte à intervenir. Du reste la théorie des fausses qualifications n'influe pas sur la nature de l'acte : si les parties ont fait un partage qu'elles ont appelé vente, cet acte n'en reste pas moins un partage ; mais pour savoir s'il y a fausse qualification, il est indispensable de rechercher quelles ont été les intentions des parties ; or, dans le cas présent, il y a eu fausse qualification : on a appelé licitation, un acte qui ne contenait qu'un ajournement du partage ; on ne voit donc pas comment l'intérêt des tiers se trouve engagé, puisque des copropriétaires restent toujours libres de faire le partage quand bon leur semblera.

L'arrêt, disons-nous, ne résout pas la question ; est-ce une raison pour autoriser les parties à retarder le moment auquel s'opérera l'attribution du bien ou la cessation de l'indivision ? Ce que nous avons dit ci-dessus est d'abord une raison de le croire ; il y a de plus d'autres raisons : les textes ne s'y opposent pas ; l'article 2109 fait courir le délai de soixante jours du jour de l'adjudication par licitation ; or, selon la théorie que nous avons soutenue, il n'y a pas eu, grâce à la clause insérée dans le cahier des charges, adjudication des biens mis aux enchères ; les parties n'ont pas voulu que l'adjudication soit prononcée

si le dernier enchérisseur était un copartageant ; or, dans notre hypothèse, c'est justement un des colicitants qui avait porté la dernière enchère ; celle-ci dès lors ne sert qu'à fixer la valeur de l'immeuble.

Les principes sont aussi d'accord avec les textes pour confirmer cette solution : le privilège ne peut naître que lorsque l'indivision a pris fin, lorsque la propriété indivise a été substituée à la propriété indivise ; or la clause que nous avons relatée, a justement pour objet de s'opposer à cette substitution ; le délai de soixante jours n'a donc pu commencer à courir.

Enfin que l'on n'objecte pas que la promesse de partage vaut partage comme la promesse de vente vaut vente. L'analogie que l'on croit pouvoir tirer de l'article 1589 n'est pas exacte ; de même que les parties peuvent convenir que dans la promesse de vente la transmission de propriété sera ajournée (1), de même dans les partages une pareille convention est possible et c'est justement le but de la clause insérée dans le cahier des charges ; les parties avaient formellement dit qu'il y avait simplement obligation pour elles d'attribuer la propriété de l'immeuble au colicitant dernier enchérisseur. « Elles avaient, dit M. Wahl, certainement pu déclarer sans recourir à la voie des enchères pour fixer la valeur de l'immeuble, que cet immeuble serait attribué à l'un d'eux désigné d'avance pour une valeur déterminée, mais que l'attribution ne

(1) V. *suprà*, p. 220, note 2.

serait pas immédiate. Elles n'avaient pas fait autre chose. »

Pour tous ces motifs, nous croyons ne pas pouvoir approuver la doctrine de la Cour de cassation sur la clause ci-dessus : cette doctrine serait exacte si elle se bornait à indiquer que les copartageants ne peuvent par une fausse qualification prolonger le délai de l'article 2109, mais elle cesse d'être conforme à notre droit en faisant croire — car nous avons dit que l'arrêt de 1903 ne résout pas à vrai dire la question — que la haute Cour ne permettrait pas aux parties de faire retarder le moment où le délai légal commence à courir.

B. *Partage en nature*

Il en est de même pour le partage en nature que pour la licitation : le délai de soixante jours court, dit l'article 2109 du jour de l'acte qui fait cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est-à-dire du jour du partage. Nous avons indiqué dans notre première partie les actes qui amenaient cessation de l'indivision à l'égard de tous les copropriétaires (1). Il importe peu d'ailleurs que le règlement définitif ne soit pas intervenu au moment où l'indivision cesse et que la liquidation des comptes (2) que

(1) V. *suprà*, p. 26 et s.

(2) Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363 ; Guillouard, II, 1297 ; Flandin, II, 130 ; Huc, XIII, 154 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 830 ; Bédant, II, 563 ; Lyon, 29 décembre 1835, S. 36. 2. 451, et sur pourvoi Cass., 23 juillet 1839, J. G., V^o Priv. et hyp., 691, 1^o S. 39. 1. 560 ; Agen, 6 février 1852, D. 52. 2. 118, S. 52. 2. 233 ; Lyon,

les copropriétaires se doivent ne soit pas faite immédiatement. Nous pourrions invoquer à l'appui de cette idée les mêmes arguments que ceux que nous avons développés à propos de la licitation quand nous avons dit que le délai court du jour de l'adjudication et non du jour du partage définitif (1). Il importe peu aussi que le partage ne comprenne que certains objets de la succession comme par exemple les immeubles et laisse dans l'indivision d'autres valeurs comme les meubles (2). Nous avons également parlé de cette hypothèse à propos de la licitation (3).

C. *Partage d'ascendant*

1° *Partage entre vifs*. — Si le partage est fait entre vifs le délai court du jour de l'acceptation puisque c'est vraiment à cette date que le partage a été consommé (4).

23 mars 1866, D. 66. 2. 287 ; Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 243, S. 79. 2. 85, Cpr., Req., 3 août 1837, S. 37. 1. 878.

(1) V. *suprà*, p. 212.

(2) Pont, I, 294 ; Verdier, II, 523 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 830 ; Rivière, Jurisp. de la Cour de Cass., n° 565 ; Bordeaux, 15 juin 1831, D. 31. 2. 212 ; Lyon, 21 février 1832, D. 32. 2. 146, S. 32. 2. 566 ; Paris, 7 février 1833, D. 33. 2. 203 ; Lyon, 29 décembre 1835, précité ; Cass., 23 juillet 1839, précité ; Montpellier, 4 janvier 1845, S. 45. 2. 371, D. 45. 2. 102 ; Cass., 19 juin 1849, D. 49. 1. 186 ; Colmar, 3 août 1849 ; Rec. arr. Colmar, 1849, p. 65 ; Cass., 17 novembre 1851, D. 51. 1. 313, S. 51. 1. 49.

(3) V. *suprà*, p. 215.

(4) Pont, I, 294 ; Troplong, I, 315 ; Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363 ; Verdier, II, 525 ; Guillouard, III, 1302 ; Huc, XIII, 154 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 833 ; Montpellier, 19 février

On a soutenu devant la Cour de Montpellier (1) que le délai de soixante jours ne commençait à courir qu'à partir du décès de l'ascendant donateur en se fondant sur ce que l'action en rescision ou en nullité du partage d'ascendant n'était ouverte qu'à partir du décès de l'ascendant ; et l'on concluait que le délai de soixante jours dont parle l'article 2109 ne doit par conséquent commencer à courir qu'à compter de la même époque.

Mais la Cour de Montpellier a parfaitement répondu à cet argument : « Attendu, dit-elle dans son arrêt du 19 février 1853, que le système repose sur une véritable confusion ; qu'on ne peut admettre, en effet, qu'entre les cohéritiers ou copartageants, l'action en rescision ou en nullité d'un partage d'ascendant, quoique fait par acte entre vifs, ne court qu'à compter du décès de cet ascendant sans qu'il s'ensuive nécessairement que le délai de 60 jours pour inscrire le privilège du copartageant ne commence à courir qu'à dater de la même époque, car ce sont là deux points de vue tout à fait différents : l'un regarde les cohéritiers entre eux, l'autre concerne l'intérêt des tiers ; or, en ce qui regarde les tiers, il n'y a qu'un point à considérer c'est l'époque à laquelle cesse l'indivision.

2° *Partage testamentaire.* — Ce sera dans ce cas la date

1853, D. 53. 2. 204, S. 53. 2. 669 ; Cass., 30 juillet 1873, D. 74. 1. 106.

(1) Montpellier, 19 février 1853, D. 53. 2. 204.

du décès de l'ascendant qui fera courir le délai de l'article 2109 (1). Car c'est vraiment à cette date que le testament produit ses effets et que le partage devient définitif. Il ne peut être question de la date du testament comme point de départ du délai puisque le testament n'est qu'un projet, tant que vit le testateur. « La Cour de Montpellier, dit Paul Pont (2), a proposé cependant, dans ses observations sur les projets de réforme hypothécaire, de fixer le point de départ, dans ce dernier cas, au jour de l'exécution, par le cohéritier créancier de la soulte, de la disposition contenant le partage. Et il faut convenir que la solution n'est pas sans quelque fondement, en ce que l'obligation de s'inscrire semblerait ne devoir exister qu'au moment où il devient certain que le testament, opérant partage, restera la loi des parties et aura son exécution. » La Cour de Montpellier émettait un vœu, mais non une solution admissible avec l'état de nos textes; même la justification de cette théorie pourrait rencontrer des objections; qu'importe que l'inscription prise en vertu du partage testamentaire porte à faux, si le testament n'est pas exécuté; les tiers ont intérêt à être renseignés le plus tôt possible, et reculer ainsi le délai ne serait-ce pas le reculer *sine die*?

On a émis une autre théorie : on a dit qu'en faisant

(1) Persil, *Quest.*, I, p. 134, ch. vi, § 8; Troplong, I, 315; Pont, I, 294; Flandin, II, 1137; Favard, *V° Priv.*, sect. IV, n° 8; Guillouard, III, 1303; Planiol, III, 3153; Huc, XIII, 154; Verdier, II, 525.

(2) Paul Pont, I, 294.

courir le délai dès le jour de la mort de l'ascendant testateur, on privait les héritiers du droit d'inscrire leur privilège et, en conséquence, de le faire valoir, s'ils avaient ignoré l'existence du testament plus de soixante jours après le décès du testateur. On a conclu que le délai courrait seulement du jour où les héritiers avaient eu connaissance du testament partage (1).

Nous ne pouvons admettre cette conception, qui, il faut l'avouer, serait plus équitable : il faudrait un texte pour permettre une exception au principe de l'article 2109, qui veut que l'inscription soit prise aussitôt après la naissance du droit qu'il s'agit de conserver. Or, l'article 1014 dit que tout legs pur et simple donne au légataire un droit à la chose léguée « du jour du décès du testateur. » C'est donc à partir de cette date que naît le droit de tout copartageant et l'inscription doit être prise dès que le droit est né (2).

Il a été jugé en matière de partage testamentaire, conformément à ce que nous avons dit de la licitation et du partage en nature, que le délai de soixante jours court à partir du décès du testateur et non pas à compter de la date où la liquidation définitive de la succession avait été effectuée et qu'il importait peu à cet égard que le testament partage n'ait pas disposé de toutes les valeurs de la

(1) Aubry et Rau, § 278, texte et note 26, III, 4^e éd., p. 363 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 833.

(2) Guillouard, III, 1303, Cpr. Huc, XIII, 154.

succession. L'arrêt de la Cour de Bourges invoquait encore ici l'intérêt des tiers, montrant que celui-ci s'opposait à la prorogation de délai de l'article 2109 (1).

D. *Partage judiciaire*

Lorsque des mineurs, des interdits ou des absents sont intéressés dans une indivision, ou quand les parties ne peuvent s'entendre pour procéder à un partage amiable, le partage est fait en justice et les opérations sont homologuées par jugement (art. 822, 837 C. civ., art. 980 et 981 C. proc. civ.). Paul Pont et Troplong (2) ont fait remarquer que, jusqu'à cette homologation, le partage n'était qu'à l'état de projet et n'acquerrait un caractère définitif que par le jugement. Ils rappellent que des doutes s'étaient élevés à l'égard de savoir si le délai était reculé pour les majeurs au jugement d'homologation, lors de la rédaction de l'article 2109, et que la Commission de l'assemblée avait proposé de lever les doutes en rédigeant l'article 2109 de cette façon : « Si le partage est sujet à homologation, les deux mois ne courent qu'à dater du jugement. » Ils donnent en outre cette raison pratique pour appuyer leur théorie : « Si l'on prend, dit Paul Pont, inscription pour une créance qui est anéantie par jugement, c'est non seulement des frais inutiles, mais encore

(1) Bourges, 14 mars 1899, D. 99. 2. 367, S. 99. 2. 136.

(2) Paul Pont, I, 294; Troplong, I, 314 *ter* et la note.

obliger les cohéritiers à un procès pour avoir mainlevée de cette inscription provisoire. De plus, le cohéritier grevé ignorera toujours l'existence de l'inscription; il omettra d'en demander mainlevée par le jugement d'homologation; de là, un second procès, de là aussi des entraves et des obstacles à la libre disposition des biens pendant les délais de procédure et d'appel et souvent en fin de compte un ordre obligé là où un arrangement amiable aurait pu tout aplanir. » De tout ceci ils concluent que le délai doit courir du jugement d'homologation et non du jour du procès-verbal de lecture de l'état liquidatif (1). Cependant les auteurs qui ont enseigné cette théorie paraissent prévoir seulement le cas où il y a des mineurs dans une indivision : il n'y a aucune raison pour distinguer entre les diverses hypothèses où l'homologation est nécessaire.

Il est facile de répondre à cette théorie : dans l'état de notre législation, il faut décider que le délai de soixante jours court dans tous les cas du jour du partage, bien que l'homologation soit nécessaire et quel que soit le motif qui le rende nécessaire, incapacité ou désaccord des parties.

Le texte de l'article 2109 est absolu et ne comporte pas de distinctions; il prescrit de prendre une inscription

(1) En ce sens Req., 17 février 1820, J. G., V^o Priv. et hyp., 688, S. 37. 2. 377; à la note 2; Cass., 11 août 1830, S. 31. 1. 63; Colmar, 17 mars 1847, P. 47, II, 637.

« dans les soixante jours à dater de l'acte de partage. » Le point de départ du délai est donc invariable.

Au reste, l'intention du législateur a été de fixer le sort des propriétés le plus promptement possible de façon que nulle surprise ne pût exister à l'égard des tiers et que ceux-ci ne fussent pas exposés à recevoir des garanties qui plus tard deviendraient illusoires ; car il peut s'écouler un temps assez long entre le partage et le jugement d'homologation pendant lequel le privilège pourrait rester occulte. D'ailleurs, le jugement d'homologation rétroagit au jour du partage : les tiers ont donc intérêt à être prévenus dès le moment de l'acte de partage de l'existence du privilège qui les menace.

La jurisprudence et la majorité des auteurs se sont décidés dans ce sens et ont condamné la théorie de Paul Pont et de Troplong (1).

Quand bien même le partage contiendrait une clause d'après laquelle le privilège ne devrait être inscrit que dans les soixante jours du jugement d'homologation, la

(1) Verdier, II, 524 ; Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363 ; Guilouard, III, 1298-1299 ; Flandin, II, 1132 à 1135 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 831 ; Huc, XIII, 154 ; Paris, 3 décembre 1836, S. 37. 2. 273 et sur pourvoi req., 15 juin 1842, J. G., V^o Priv. et hyp., 689 ; 4^e S. 42. 1. 634 ; Montpellier, 4 janvier 1845, D. 45. 2. 102, S. 45. 2. 371 ; Cass., 19 juin 1849, S. 49. 1. 626, D. 49. 1. 186 ; Req., 17 novembre 1851, D. 51. 1. 313, S. 52. 1. 49 ; Agen, 6 février 1852, S. 52. 2. 233, D. 52. 2. 118 ; Lyon, 23 janvier 1866, D. 66. 2. 288, S. 66. 2. 287 ; Trib. civ. Gien, 10 juillet 1878 avec Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 243, S. 79. 2. 85 ; Lyon, 13 mars 1886 ; *Pand. fr.*, 87. 2. 16.

solution de la jurisprudence devrait être appliquée; car, nous l'avons vu, les privilèges sont créés et réglementés par la loi et échappent à la volonté des parties; et particulièrement celles-ci ne peuvent augmenter à leur gré le délai prescrit par la loi pour conserver valablement le privilège du copartageant (1).

E. Partage provisionnel

Il y a partage provisionnel (art. 466 et 840) quand des incapables figurent à un partage et que les formalités prescrites par la loi pour la protection de leurs intérêts n'ont pas été observés. Est encore provisionnel, le partage fait par des parties capables, mais dans lequel elles n'ont voulu faire qu'un partage temporaire et de jouissance, réservant à plus tard le partage définitif. Dans ces deux espèces de partage, le délai ne court, d'après M. Guillouard, qu'à partir du partage définitif, ou s'il s'agit d'un partage où figurent des incapables, trente ans à partir du partage provisionnel, sauf la suspension légale de cette prescription de trente ans.

« Pour le partage de jouissance, dit M. Guillouard (2),

(1) Flandin, II, 1132 à 1135; Thézard, 310; Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363, Guillouard, II, 1298-1299; Verdun, II, 524; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 831; Paris, 3 décembre 1886, Montpellier, 4 janvier 1845 et Cass., 19 juin 1849, précités; Cass., 10 novembre 1862, D. 62. 1. 470, S. 63. 1. 129; Lyon, 23 janvier 1886 et 13 mars 1886, précités.

(2) Guillouard, III, 1300.

cette solution nous paraît certaine : les créances des copartageants les uns contre les autres, qui sont prévues dans l'article 2109, éviction, paiement d'une soulte, prix de licitation, ne peuvent naître que d'une division de la propriété entre eux, point d'une division de jouissance. »

Pour le partage irrégulier, la solution doit être la même. « En qualifiant, continue le même auteur, ce partage de provisionnel, le Code indique suffisamment qu'il ne confère aucun droit actuel, qu'il n'a rien de définitif, et dès lors, ne créant pas immédiatement de droit de créance, il ne peut donner lieu à une inscription. »

La théorie de M. Guillouard nous paraît exacte en tant qu'elle concerne le partage provisionnel de jouissance ; mais nous ne pouvons l'admettre en ce qu'elle touche le « partage irrégulier ». En effet, le partage opéré sans les formalités requises par la loi, lorsque des incapables y concourent, est définitif à l'égard de certains copartageants et provisionnel à l'égard des autres (art. 840). Ces derniers, seuls, peuvent en demander la nullité, pour qu'il soit procédé à un nouveau partage ; dans ce cas, le délai de l'article 2109 commencera à courir à partir du second partage. Mais ils ont également la faculté de renoncer au droit de se prévaloir de cette nullité et de ratifier le partage s'ils optent pour ce dernier parti, le point de départ du délai ne sera pas, comme le laisse entendre M. Guillouard, la date de la ratification, en disant que le délai commence à courir trente ans après le partage, mais la date du par-

tage provisionnel. Cette solution est commandée par les textes.

L'article 2109 ne fait aucune distinction, il veut que le délai court à dater du jour du partage ; or, la ratification a effacé le vice qui affectait la convention, « il n'est même pas besoin de faire intervenir ici l'idée de rétroactivité : l'acte annulable produisait déjà ses effets depuis l'origine, comme s'il avait été valable ; seulement, ces effets pouvaient être anéantis par un jugement d'annulation et c'est ce jugement qui aurait eu un effet rétroactif pour faire disparaître l'acte dans le passé ; mais, du moment où on confirme l'acte, il n'y a qu'à tenir pour définitifs les effets déjà produits (1). » Le partage devenant donc définitif, c'est de sa date que court le délai de soixante jours. L'on ne voit pas pourquoi un partage définitif n'aurait pas ici les mêmes effets que dans toute autre hypothèse. Ce n'est pas parce que la loi l'a qualifié de provisionnel qu'il faut en conclure, comme M. Guillouard, qu'il n'a aucun effet. La confirmation du partage a donc pour seul but de faire courir le délai du jour du partage, en rendant impossible un second partage (2).

A plus forte raison, en est-il de même quand l'un des

(1) Planiol, II, 1300.

(2) Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363 ; Verdier, II, 524 bis ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 832 ; Huc, XIII, 154 ; Mourlon, *Transcrip.*, p. 330 ; Flandin, I, 476 ; Larombière, *Oblig.*, IV, 53 ; Cass., 10 novembre 1862, D. 62. 1. 470, S. 63. 1. 129, Cpr., 25 novembre 1856, S. 57. 1. 117.

copartageants majeur s'est porté fort pour le copartageant mineur qui, parvenu à sa majorité, ratifie l'acte passé en son nom. Là encore le partage est définitif par le fait de la confirmation et le délai de soixante jours court du jour de sa signature (1).

IV. *De la fixation de la date du partage*

Si le partage est fait par un ascendant soit par donation entre vifs soit par testament, aucune difficulté ne peut se présenter : dans un cas comme dans l'autre, l'acte a une date certaine. De même, s'il est fait par acte authentique, sa date ne peut soulever de difficulté.

Mais si le partage est sous seing privé, le délai de l'article 2109 court-il du jour de la date qu'il porte ou du jour de sa date certaine acquise conformément à l'article 1328 ? « Il est certain, dit Verdier (2), que c'est du jour de l'acte de partage que ce délai doit courir. D'où pourrait venir le doute ? Entre les parties, l'acte sous seing privé a, dès le jour de sa date, la même force qu'un

(1) Guillouard, III, 1301 ; Cass., 10 novembre 1862, précité ; Lyon, 23 janvier 1866, D. 66. 2. 238, S. 66. 2. 287 ; Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 243, S. 79. 2. 85.

(2) Verdier, II, 562 ; V. aussi Persil, I. sur article 2103, § 3, I et sur article 2109, VII ; Tarrible, *Rép. de Merlin*, V^o Priv., sect. IV, 7 ; Bressolles, 84 ; Flandin, II, 117 ; Aubry et Rau, § 278, III, 5^e éd., p. 594 ; Paul Pont, I, 294 ; Favard, V^o Priv., sect. IV, 8 ; Troplong, I, 292 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 835 ; Agen, D. 52. 2. 118, S. 52. 2. 233.

acte authentique (art. 1322) et c'est seulement à l'égard des tiers qu'il ne fait pas foi de sa date (art. 1328) ; or, l'intérêt des tiers est, ici, d'abrèger le délai et, par conséquent, de le faire courir du jour où l'acte a été passé. L'une des parties ne saurait se prévaloir d'une disposition qui lui est étrangère, pour prolonger le temps pendant lequel elle pourrait inscrire utilement. » On avait décidé le contraire dans les premiers projets discutés par l'Assemblée législative, mais sur les observations des délégués du notariat, la Commission de rédaction définitive supprima cette disposition (1). C'est là une preuve de plus que le délai court du jour de l'acte de partage, même fait sous seing privé.

VII. *Des faits qui arrêtent le cours des inscriptions*

Leur influence sur l'inscription du privilège du copartageant

A. *Articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce*

Avant que le copartageant créancier ait requis l'inscription de son privilège, il peut se produire une faillite, une admission au bénéfice de la liquidation judiciaire ou le décès du copartageant débiteur, décès suivi de l'acceptation bénéficiaire de la succession ou de la vacance de la succession : tous ces faits arrêtent le cours des inscriptions et privent de toute efficacité celles qui seraient prises

(1) Troplong, I, 292, note.

après leur événement (art. 2146 du C. civ. et 448 du C. de com.). Le copartageant est-il comme les autres créanciers privé de la faculté d'inscrire son privilège utilement ? Il faut pour résoudre ce problème faire une distinction.

1° Le délai est-il expiré, le privilège dégénère dès lors en hypothèque conformément à l'article 2113, et l'inscription qui serait requise serait destituée de toute efficacité, comme toute inscription d'hypothèque conventionnelle faite par un créancier hypothécaire quelconque. Il n'y a pas lieu ici d'accorder une faveur au copartageant puisque la loi lui a donné un délai de soixante jours pour inscrire son privilège et qu'il n'en a pas tenu compte.

2° Le délai au contraire n'est pas encore écoulé au moment où l'un des événements que nous avons indiqués vient à se produire. Les auteurs du droit civil (1) enseignent souvent que l'inscription prise avant l'expiration du délai produira tous ses effets. « Le délai fixé par l'article 2109, dit MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), est assez court pour que le copartageant ne

(1) Aubry et Rau, § 278, texte et note 27, III, 4^e éd., p. 364 ; André, 317 ; Tarrible, *Rép.*, Merlin, V^o Hyp., § 4, n^o 10 ; Merlin, *Quest.*, *eod.* v^o, § 3 ; Persil, art. 2146, n^o 5 ; Grenier, I, 25 ; Rivière et Huguet, 370 ; Mourlon, *Transcrip.*, 710 ; Thézard, 314 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire de dr. commercial, industriel et maritime*, V^o Faillites, 457 ; Paul Pont, 899 et 927 ; Troplong, 650 ; Verdier, II, 5837 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, II, 1594-1595 ; Planiol, II, 3040 ; Besançon, 14 décembre 1861, D. 62. 2. 104.

(2) I, 836.

soit en aucun cas exposé à en perdre le bénéfice. En le lui accordant, le législateur a dû avoir la volonté que pendant sa durée rien ne vint entraver l'exercice des droits du copartageant et enlever leur efficacité aux mesures conservatoires que la loi lui impose. »

Enfin pour compléter la justification de cette théorie, on ajoute que l'inscription peut être prise malgré la faillite ou l'acceptation bénéficiaire parce que cette inscription est rétroactive ; elle doit donc être considérée comme ayant été prise le jour où le délai de soixante jours a commencé à courir.

Cependant plusieurs jurisconsultes et spécialement les auteurs de droit commercial (1), enseignent à bon droit une théorie opposée : « Avant de savoir, dit M. Planiol (2) si l'inscription donnera rang rétroactivement avant des créanciers précédemment inscrits, il faut savoir si elle peut encore être prise ; or, cela est impossible, l'article 2146 s'y oppose. En effet il ne s'agit pas de conserver à un créancier un rang déjà acquis puisque son privilège non inscrit n'aurait jamais servi à rien ; les privilèges ne sont pas dispensés d'inscription, comme le sont les hypothèques légales de la femme et du mineur. »

De plus la doctrine que nous combattons se fonde

(1) Demangeat sur Bravard-Veyrières, V, p. 294-295 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 294, Guillouard, III, 1304-1305 ; Beudant, II, 574 ; Thaller, 2056 à 2060 ; Boistel, 948 ; Planiol, II, 3040 ; Surville, II, 685 ; Cpr., Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*, VII.

(2) Planiol, II, 3040.

sur la rétroactivité de l'inscription ; or, cette rétroactivité n'a jamais été prévue par la loi. Celle-ci « porte seulement ajoute M. Planiol, 1° que le privilège attaché à la créance donne le rang du jour du partage, 2° que ce privilège est « conservé » (art. 2109) par une inscription prise dans les soixante jours ; 3° qu'en s'inscrivant après le délai le copartageant n'a plus qu'une hypothèque prenant rang du jour de l'inscription. En parlant ainsi elle suppose nécessairement que l'inscription a pu être valablement prise. »

Enfin la thèse des auteurs de droit civil se heurte à une autre objection. Elle n'est pas conséquente dans la condition respective qu'elle fait au vendeur et au copartageant. Si l'un des événements prévus aux articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce n'empêche pas l'article 2109 de s'appliquer, l'article 2108 doit pour la même raison recevoir son application et le vendeur doit pouvoir conserver son privilège en effectuant la transcription de son titre à un moment quelconque, le délai de soixante jours du copartageant devenant pour le vendeur un délai indéterminé : or, sauf de légères dissidences (1), il est de doctrine et de jurisprudence incontestées que la faillite ou l'acceptation bénéficiaire de la succession de l'acheteur prive le vendeur qui n'a pas encore transcrit avant l'un de ces faits, de tout moyen de rendre son privilège efficace.

(1) Pont, *Priv. et hyp.*, II, 903 ; de Couder, *Dict.*, V° Faillite, n° 458.

Ce manque de logique est d'autant plus grave que le vendeur n'étant pas obligé d'inscrire dans un délai déterminé, on aurait dû à plus forte raison le faire bénéficier de la faveur qu'on accorde au copartageant qui, lui, se trouve bridé par l'existence d'un délai légal.

Enfin, « on doit, dit M. Guillouard (1), d'autant plus admettre cette solution que, suivant la remarque très exacte de MM. Lyon-Caen et Renault, si on peut supposer que le législateur a perdu de vue l'article 2109 lorsqu'il a écrit l'article 448 du Code de commerce, cette supposition est inadmissible pour l'article 2146 ; et si la loi de 1838 a modifié l'époque à laquelle l'inscription peut être prise en cas de faillite, le but de l'article 448 n'en est pas moins le même que celui de l'article 2146 et ces deux textes doivent s'interpréter l'un par l'autre. »

Nous sommes donc obligés d'admettre que le privilège du copartageant ne pourra être inscrit après la survenance d'un des événements prévus aux articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce ; mais, avec plusieurs auteurs (2), nous taxerons le système de la loi de sévérité excessive : les deux articles 2146 et 448, dont nous nous occupons ont un même but : celui d'éviter et de prévenir les fraudes. Le législateur les a conçus pour empêcher certains créanciers de se procurer des sûretés qui leur permettraient de primer les autres ; il a voulu que la posi-

(1) Guillouard, III, 4309.

(2) Planiol, II, 3041 ; Thaller, 2060.

tion du débiteur et celle des créanciers soient fixées définitivement au jour où se produit une déclaration de faillite ou une acceptation bénéficiaire. Or, dans le cas qui nous occupe quelle fraude y a-t-il lieu de craindre ? Aucune. Le copartageant créancier n'a pas à se faire donner une sûreté pour primer les autres créanciers ; c'est la loi elle-même qui la lui donne. On ne pourrait pas même le frapper d'une déchéance à raison de sa négligence, car il n'avait pas à se presser d'inscrire son privilège ; il comptait sur le délai de soixante jours que lui accordait la loi. Le caractère nécessaire du partage, la brièveté du délai de l'article 2109 et enfin cette considération que tous les autres créanciers n'ont dû compter sur les biens attribués à leur débiteur par le partage que sous déduction des charges à lui imposées, sont encore de bonnes raisons pour écarter tout soupçon de fraude (1) ; il est donc rigoureux que la faillite ou la mort du débiteur survenant au lendemain même d'un partage prive le créancier du droit de préférence qui, pour lui, était la condition du partage et y réalisait l'égalité et cela au profit des créanciers qui ont dû connaître cette situation récente par la notoriété publique. Enfin nous verrons que la loi de 1855 a établi pour les copartageants un délai quand il s'agit de conserver leur

(1) La fraude serait pourtant possible par suite de la collision des copartageants avec un des leurs qui se trouverait sur le point de tomber en faillite ; ils stipuleraient de celui-ci une soulte très forte provenant d'une exagération volontaire dans l'estimation des biens.

droit de suite exercé au tiers acquiescent ; il n'est en que
peu d'années que l'on a pu constater le commencement
du droit de préférence ?

II. — Le tiers acquiescent.

Lorsque les mandats ou qui ont été créés dans un
partage ont l'objet d'une subrogation volontaire ou forcée,
le cédant ou créancier a un délai de quarante-cinq jours,
à dater de la notification ou du partage pour inscrire son pri-
vilege. Pour ceux en dehors l'inscription constitue le privi-
lege de cédant ou créancier, le droit de
suite et le droit de préférence (1).

Il n'en est pas de même pour l'acquéreur du fonds de
commerce, le cédant ou créancier, en cas d'acquéreur
volontaire des marchandises vendues à son privilège, peut être
inscrivant pour la conservation de son droit de suite dans
la quinzaine de la transcription de l'acte d'acquisition.
Depuis le 1^{er} janvier 1826, époque de la mise en vigueur
de la loi du 23 mars 1825, l'inscrivant ne peut plus, en
partage, être privé d'une mesure efficace quant au droit

(1) Locré, II, 1094 ; Lamy et Ren, § 278 III, 646 et 647
de la même et de l'opinion, I, 261. Pothier, II, 261-262. Lamy,
XII, 261-262, § 14, 2 26 ; Locré, 23 janvier 1825, II, 79 2
261, § 79, 2 86. La Cour de Cass. 1^{er} janvier 1826, II, 79, 1, 616 et
617 et 618 qui a pu être interprétée en ce sens que le tiers acquiescent a un
délai de 45 jours après la date du partage : cet article a été
abrogé et son principe par la loi de 1855 et l'opinion des tiers acquies-
cants est le même de l'article 2106.

de suite après la transcription (art. 6-1°). Toutefois, par une exception semblable à celle qui a été établie en faveur du vendeur, le copartageant jouit d'un délai de quarante cinq jours à dater de la licitation ou du partage pendant lequel il peut utilement conserver son droit de suite nonobstant toute transcription d'actes d'aliénations volontaires faites pendant ce délai (art. 6-2°).

La loi de 1855 ne s'applique qu'aux aliénations volontaires : aussi, au cas d'expropriation pour cause d'utilité, on appliquera la règle spéciale de l'article 17 de la loi du 3 mai 1841 et l'inscription devra être prise dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation. De même au cas d'expropriation forcée l'article 717 du Code de procédure civile formera la règle et le copartageant ne pourra prétendre prendre inscription après la transcription du jugement d'adjudication sur saisie immobilière (1).

Le point de départ de ce délai de quarante cinq jours sera fixé à l'aide des règles que nous avons formulées à propos du délai de l'article 2109 ; ces deux délais commencent à courir le même jour : ceci résulte de la similitude des expressions employées dans les deux textes : l'article 2109 dit que le privilège de l'article 2103-3° est conservé par l'inscription faite dans les soixante jours *à dater de l'acte de partage* » et l'article 6 de la loi de 1855 que le copartageant peut utilement inscrire son privilège

(1) Dans ces deux cas, la plupart du temps, le délai de 60 jours sera expiré, à cause des lenteurs des formalités à remplir.

« dans les quarante cinq jours de l'acte de partage. » C'est avec raison dès lors que la Cour de Paris (1) a décidé que si l'indivision cessait par la vente de l'immeuble, le délai courait du jour de cette vente et non du partage définitif : la même solution aurait été rendue s'il eût été question du délai de soixante jours.

En conséquence s'il s'est écoulé plus de soixante jours depuis le partage sans qu'il ait été pris d'inscription pour la conservation du privilège du copartageant, l'inscription prise après ces soixante jours et après la transcription faite par le tiers acquéreur n'a plus aucun effet ; la transcription en arrêtant la prise des inscriptions de tous privilèges et hypothèques, suivant la règle générale, cette inscription ne conserve même pas le privilège dégénéré en hypothèque conformément à l'article 2113.

Si le délai de quarante cinq jours s'est écoulé, le droit de suite du copartageant créancier sur l'immeuble frappé de son privilège, est éteint : pour le droit de suite le délai de soixante jours est réduit à quarante cinq jours.

Si toutefois le copartageant inscrivait son privilège entre le quarante cinquième et le soixantième jour à dater du partage, cette inscription conserverait-elle tout au moins le droit de préférence ? En un mot y a-t-il là un cas de survie du droit de préférence au droit de suite ?

(1) Paris, 2 février 1884 ; D. 85, 2. 35 ; V. aussi Lyon, 23 décembre 1866, précité.

Cette question s'est présentée avant la loi de 1855. Le droit de préférence, dit-on, survivait au droit de suite ; cette solution ressortait de l'ensemble des articles 834 et 835 du Code de procédure civile, qui n'avaient trait qu'au droit de suite et surtout de la disposition finale du premier de ces articles, dont l'objet était de réserver au copartageant la faculté de conserver son droit de préférence dans le délai de soixante jours de l'article 2109. Cet article était d'ailleurs ainsi conçu : « Les créanciers, qui, ayant une hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code civil n'auront pas fait inscrire leur titre antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chapitre viii, titre 18 du livre III du Code civil, qu'en justifiant de l'inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte. Il en sera de même à l'égard des créanciers ayant privilège sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des articles 2108 et 2109 du Code civil. » Ce dernier alinéa de l'article 834 du Code de procédure en réservant l'application de l'article 2109 réservait, dit-on, au profit des copartageants, le droit de préférence pour le cas où l'inscription aurait été opérée après l'expiration du délai de quinze jours, mais avant celle du délai de soixante jours ; car l'article 2109 et tous les articles contenus dans la sec-

tion 4 du chapitre II du titre XVII, livre III, ne contient que des dispositions relatives au droit de préférence (1).

Mais si la solution du problème était facile avant la loi de 1855, que doit-on décider depuis cette loi puisqu'elle a abrogé les articles 834 et 835 (C. proc. civ.) et ne fait pas réserve de l'article 2109.

Pour plusieurs auteurs (2), la loi du 23 mars 1855 n'aurait pas apporté de modifications au Code civil : « En effet, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (3), elle n'a eu pour but dans son article 6 que de protéger l'acheteur et ses créanciers contre les dangers auxquels les exposeraient les privilèges et hypothèques, nés du chef du précédent propriétaire du vendeur. » Or, dans notre hypothèse ces acheteurs et créanciers ne courent aucun risque, puisque le délai de quarante-cinq jours étant expiré, le droit de suite est éteint. Ici il s'agit donc seulement de régler les rapports entre les créanciers du copartageant vendeur. Le privilège ne peut plus être inscrit après le délai de quarante-cinq jours en ce sens que le requérant ne peut plus faire à l'acheteur une sommation de payer ou de délaisser, ni former une surenchère, mais

(1) Tarrille, *Rép.*, Merlin, V^o Transc., § 3, n^o 6; Persil, I, sur article 2109, IX et X; Troplong, I, 317; Grenier, II, 40; Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 363.

(2) Pont, I, 318; Guillouard, III, 1291-1292; Aubry et Rau, § 278, texte et note 28, III, 4^e éd., p. 364; Huc, XIII, 158; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 837.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 837.

il peut faire valoir son droit de préférence, si son inscription a été requise dans les soixante jours du partage.

Cette théorie a inspiré un arrêt de la Cour d'Agen (1) : Attendu, dit-il, que l'article 2109 avait prescrit pour l'inscription du privilège du copartageant un délai de soixante jours, et que l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 ne parle que d'un délai de quarante cinq jours ; qu'il est constant que si l'on ne considérait que le droit de suite attaché au privilège, cette dernière disposition a eu pour effet d'abroger l'ancien délai de soixante jours. Mais qu'en ce qui touche le droit de préférence le délai d'inscription demeure toujours ouvert depuis le quarante-sixième jour jusqu'au soixantième jour. Attendu, en effet, que toute la discussion de la loi de 1855 atteste qu'elle a été faite en vue du droit de suite ; qu'on ne peut donc la considérer comme ayant abrogé les dispositions préexistantes de la loi sur le droit de préférence. »

Cette opinion n'est pas, croyons-nous, exempte de reproche et nous préférons la théorie contraire. Comme le fait remarquer M. Planiol (2), avant de rechercher si cette inscription prise entre le quarante-sixième et le soixan-

(1) Agen, 1^{er} juin 1894, D. 94. 2. 334 ; S. 94. 2. 280 et aussi Pau, 15 décembre 1890, D. 92. 2. 120. On cite parfois d'autres arrêts comme ayant touché la question ; c'est là une erreur ; ils appliquent simplement la règle de l'article 2113 à des privilèges de copartageants dégénérés en hypothèques (V. Planiol, II, 3438 en note) Il s'agit de arrêts suivants : Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 243 ; Riom, 17 janvier 1889, D. 91. 1. 313.

(2) II, 3438.

tième jour « vaut quelque chose et peut produire un effet quelconque, on doit se demander si elle peut encore être prise. Or, un événement est survenu, événement qui empêche absolument les créanciers de s'inscrire. Comment un créancier pourra-t-il requérir une inscription sur un bien qui ne figure plus dans le patrimoine de son débiteur ? Normalement, cette impossibilité devrait même se produire dès le jour de l'aliénation puisque c'est à ce moment que le débiteur perd ses droits de propriété sur l'immeuble aliéné ; mais la loi de 1855 l'a reculé jusqu'au jour de la transcription ; cela n'empêche pas cette impossibilité d'exister et de rester sous cette réserve, la même que celle que le Code avait créée. »

D'ailleurs nous trouvons dans notre droit des textes faisant exception à ce principe : l'article 2195 du Code civil donne un délai de « deux mois » à partir « de l'exposition du contrat » dans l'auditoire du tribunal, pour faire opérer les inscriptions « du chef des femmes, mineurs ou interdits sur les immeubles vendus. » L'article 717 du Code de procédure civile modifié par la loi du 21 mai 1858 déclare que « les créanciers à hypothèques légales, qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication ne conservent de droit de préférence sur le prix, qu'à la condition de produire avant l'expiration du délai fixé par l'article 754 (40 jours à partir de la date de la sommation de produire) dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, et de faire valoir leurs droits avant la clôture, si l'ordre se règle amiable- »

ment conformément aux articles 751 et 752. » Ces deux textes permettent donc à certains créanciers de s'inscrire encore après la transcription d'une sous-aliénation pour conserver le droit de préférence sur le prix quoique le droit de suite soit perdu : « Les textes de ce genre, ajoute M. Planiol, sont exceptionnels, car le créancier s'inscrit alors en réalité sur un meuble, sur la créance du prix, seule chose qui reste dans le patrimoine du débiteur. » Or, nous ne trouvons rien de semblable pour le privilège du copartageant et il nous est impossible de suppléer au silence de la loi.

Il est vrai que l'on prétend trouver un texte de ce genre dans l'article 2109 : l'inscription prise, dit-on, dans le délai de soixante jours sera rétroactive et on la considérera comme datant du premier jour du délai. Nous avons déjà répondu à cet argument (1) : l'article 2109 dit que le privilège prendra rang du jour du partage, mais il suppose que l'inscription aura été valablement prise et qu'elle l'a pu l'être ; or, un événement est venu empêcher cette prise d'inscription ; en donnant un délai au copartageant pour inscrire, la loi n'a donc pas dérogé au droit commun.

Enfin nous pouvons ici invoquer, comme nous l'avons fait à propos de l'application des articles 2146 (C. civ.) et 448 (C. de com.), le défaut de logique des auteurs qui professent une théorie contraire à la nôtre : pourquoi

(1) V. *suprà*, p. 238.

ceux-ci n'autorisent-ils pas également le vendeur à inscrire après le délai de quarante-cinq jours et cela indéfiniment, puisque la loi ne lui impose aucun délai? S'il peut s'inscrire à quelque époque que ce soit, il doit toujours être considéré comme privilégié et son inscription doit avoir un effet rétroactif. « Et voilà, conclut M. Planiol, le copartageant qui pour être limité dans un court espace de soixante jours, c'est-à-dire beaucoup moins bien traité qu'un vendeur, obtient une faveur exorbitante, qu'on refuse au vendeur, le droit de s'inscrire encore pour conserver son droit de préférence, à un moment où un vendeur ne le peut plus. »

Notre théorie a été soutenue par beaucoup d'auteurs (1). Quant à la jurisprudence, elle ne paraît pas avoir eu à résoudre la question : seul un arrêt de la Cour d'Agen que nous avons rapporté plus haut se prononce en sens contraire ; les autres arrêts que l'on invoque souvent à l'appui de l'une ou de l'autre théorie, ne s'occupent que des cas où les privilèges sont dégénérés en hypothèques, faute d'avoir été inscrits dans le délai légal (2).

Quant aux règles relatives au droit de suite, elles sont contenues dans l'article 2166 et suivants du Code civil et dans la loi du 23 mars 1855. Il est inutile de les rappeler ici, car il n'y a rien de spécial pour le privilège du copartageant ; le droit commun s'applique.

(1) Pont, 64 ; Mourlon, *Transcrip.*, II, 702 ; Lemarois, *Com. L.* 23 mars 1855, p. 533 ; Planiol, II, 3436 à 3438 ; Thézard, 313 ; Flandin, II, 1142 et 1143.

(2) V. *suprà*, p. 245 et 246 et la note 1 de la page 246.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DE L'OBSERVATION OU DE L'INOBSERVATION DU DÉLAI DE L'ARTICLE 2109

Nous ne traiterons pas ici cette question, car c'est d'elle que dépend toute la théorie du rang du privilège du copartageant; nous en renvoyons donc l'étude à notre cinquième partie, qui y sera entièrement consacrée.

CINQUIÈME PARTIE

Du rang du privilège du copartageant

Généralités

A. La détermination du rang du privilège du copartageant se fait à l'aide de la théorie générale du classement des privilèges spéciaux sur les immeubles. Aussi serons-nous bref sur les points qui se réfèrent à cette théorie générale et nous nous étendrons au contraire plus longuement sur ceux qui sont particuliers au privilège de l'article 2103-3°.

Quand on détermine le rang des privilèges mobiliers, on se trouve en face de créanciers ayant un même débiteur ; quand il s'agit au contraire d'un privilège sur les immeubles, le conflit peut s'élever entre les créanciers du propriétaire actuellement saisi et exproprié et les créanciers des précédents propriétaires : en un mot, il n'y a pas

de droit de suite dans les privilèges mobiliers ; il y en a un, au contraire, dans les privilèges immobiliers et cette situation fait naître des difficultés.

Pour les résoudre, deux principes doivent être posés et ils serviront de base à la théorie que nous développerons plus loin :

1° Quand le conflit s'élève entre créanciers d'un même débiteur, la qualité du privilège détermine son rang : c'est ainsi que l'article 2096 porte : « entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. »

2° Quand le conflit a lieu entre créanciers de débiteurs différents, la date du privilège est prise en considération pour déterminer son rang ; car il semble impossible de conférer aux créanciers privilégiés du propriétaire actuel, un tour de faveur sur les créanciers des précédents propriétaires, créanciers pourvus, bien entendu, par hypothèse, d'un droit hypothécaire.

L'ordre de collocation des créanciers privilégiés dépend donc à la fois de la qualité et de la date de leur privilège. Cette conception se justifie facilement : en effet le privilège est l'accessoire d'une créance, il ne saurait donc exister avant elle. Et en ce qui concerne les privilèges immobiliers l'on peut dire qu'ils ne sont au fond que des hypothèques privilégiées (arg. art. 2143) ; « ils constituent des droits réels et frappent la chose au moment où la créance qu'ils garantissent prend naissance ; comme pour

tout droit réel ce fait détermine l'ordre de préférence (1). »

C'est une considération qui donne une justification de l'alinéa 2° de l'article 2098, aux termes duquel « Le Trésor ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers. » Ce n'est pas là une conséquence, comme on l'a soutenu, du principe de la non rétroactivité des lois, mais c'est une suite naturelle des principes que nous venons de poser (2).

C'est encore par la même idée que se justifie la disposition de la loi du 5 septembre 1807 relative au privilège attribué à l'Etat pour assurer le remboursement des frais en matière de justice criminelle et correctionnelle et de police, ainsi que celle d'une autre loi du même jour relative au privilège sur les immeubles des comptables. Ces deux privilèges sont primés par les hypothèques antérieures alors même qu'elles procéderaient du chef du même débiteur (3).

C'est à l'aide de ces principes que nous allons résoudre les conflits qui peuvent se présenter, quand le privilège du

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 787.

(2) Aubry et Rau, § 263 *bis*, texte et note 39, III, 4^e éd., p. 186 ; Surville, II, 610 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 647, Huc, XIII, 23 ; Req., 30 avril 1889, D. 90. I. 20, S. 90. I. 289.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 673. Pour le premier cas le rang du privilège est déterminé par l'article 5 de la loi du 5 septembre 1807 et pour le second par l'article 4 de la deuxième loi du même jour. Aux termes de ces deux articles ces privilèges ne peuvent en aucun cas préjudicier aux créanciers de l'article 2103 (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 684).

copartageant est en conflit avec d'autres privilèges ou des hypothèques.

B. Comme nous l'avons vu dans notre quatrième partie, l'article 2109 prescrit au copartageant créancier de prendre pour conserver valablement son privilège, une inscription au bureau de la conservation des hypothèques du ressort des immeubles grevés et de requérir cette inscription dans un délai de soixante jours à dater du partage. Selon que ce délai aura ou non été observé, d'une part la sûreté accordée au copartageant sera plus ou moins efficace, et, d'autre part, le rang de la créance privilégiée ne sera pas le même. Quels sont donc les effets et les conséquences de l'observation ou de l'inobservation du délai de l'article 2109 ?

CHAPITRE I

LES FORMALITÉS PRESCRITES PAR L'ARTICLE 2109 ONT ÉTÉ OBSERVÉES

Si l'inscription a été prise dans le délai de soixante jours (1), elle conserve le droit de préférence attaché au privilège du copartageant. Ce droit de préférence permettra dès lors au copartageant créancier d'être colloqué sur le prix du bien grevé par préférence aux autres créanciers du même débiteur et à un rang déterminé par la qualité de sa créance (2).

C'est pour exprimer cette idée que les auteurs ont déclaré que l'inscription du privilège de l'article 2103-3°

(1) Il n'en est pas de même quand l'inscription a été requise dans le délai de soixante jours, mais après que le cours des inscriptions était suspendu par un événement prévu aux articles 2146 Code civil ou 448 Code de commerce (V. *suprà*, p. 235) ou quand l'immeuble grevé a été vendu sans que l'inscription ait été opérée dans les quarante cinq jours (V. *suprà*, p. 241). Dans ces deux cas l'inscription n'a aucun effet puisque le copartageant a perdu sa sûreté.

(2) Guillouard, II, 1307 ; Aubry et Rau, 278, III, 4^e éd. p. 366 ; Thézard, 311 ; Colmet de Santerre, IX, 70 *bis*, I ; Baudry-Lacantinierie et de Loynes, I, 839.

était doué d'un effet rétroactif, qui avait pour but de la faire remonter au jour du partage ou de l'adjudication sur licitation (1).

Cette affirmation ne nous paraît pas exacte : nous l'avons déjà combattue en repoussant certaines théories sur les effets des événements qui arrêtent le cours des inscriptions (2). L'article 2109, en effet, ne parle pas de rétroactivité ; il dit seulement que le privilège sera valablement conservé s'il est inscrit dans les soixante jours de l'acte qui fait cesser l'indivision. Du reste, ce ne serait pas suffisant de faire rétroagir l'inscription au jour du partage ou de l'adjudication sur licitation ; car ces actes ont eux-mêmes un effet rétroactif au jour où l'indivision a commencé. En conséquence, le copartageant régulièrement inscrit ne prime pas seulement les créanciers hypothécaires de l'attributaire de l'immeuble grevé du privilège, créanciers inscrits depuis le partage ou l'adjudication sur licitation, mais aussi ceux qui étaient inscrits auparavant, et dont l'hypothèque a saisi l'immeuble au moment où il est devenu la propriété exclusive du débiteur, par le partage ou l'adjudication sur licitation. Il est donc préférable de dire, avec MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (3) : « Le copartageant sera préféré, en vertu de son privilège, aux créanciers qui auront acquis une hypothèque du chef

(1) Thézard, 314 ; Aubry et Rau, 278, III, 4^e éd., p. 366.

(2) V. *suprà*, p. 237.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839. V. aussi Paul Pont, I, 296.

du copropriétaire, au lot duquel l'immeuble aura été placé, ou auquel il aura été adjugé par licitation, alors même que ces derniers auraient pris inscription avant lui. »

Sous le bénéfice de ces observations, passons à l'étude des conflits qui peuvent se présenter entre le privilège de l'article 2103-3° et les autres privilèges et les hypothèques.

*A. Concours du privilège du copartageant avec les
privilèges généraux*

On sait que les privilèges généraux portent à la fois sur les meubles et les immeubles (art. 2104). Ils peuvent donc se trouver en conflit avec le privilège du copartageant, qui porte sur les immeubles seulement : comment dans cette hypothèse se réglera la préférence ?

Ici, le principe que nous avons posé ne peut pas s'appliquer, parce que, d'abord, l'article 2105 s'y oppose et, ensuite, pour la raison fort simple que les privilèges généraux sont dispensés d'inscription.

L'article 2105 déclare que les créanciers de l'article 2101 seront préférés au copartageant, en supposant du moins qu'ils n'aient pu se faire colloquer en ordre utile sur le prix du mobilier. « Lorsqu'à défaut de mobilier, dit-il, les privilèges énoncés en l'article précédent (privilèges de l'article 2101), se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les paiements se font dans l'ordre

qui suit : 1° les frais de justice et autres énoncés dans l'article 2101 ; 2° les créances désignées en l'article 2103 (1). »

De ce caractère subsidiaire quant aux immeubles, il résulte que, si un créancier qui peut invoquer un privilège général, a négligé de se faire colloquer à la distribution du prix du mobilier, il ne pourra plus prétendre passer sur le prix des immeubles avant le privilège du copartageant (2). Dans ce cas, la déchéance du créancier privilégié aux termes de l'article 2101, atteindra-t-elle la totalité de sa créance ou sera-t-elle restreinte à la somme que sa négligence ou sa faute l'a empêché de percevoir dans la distribution du prix du mobilier ?

L'opinion dominante veut que la déchéance ne soit que partielle et restreinte à la partie de la créance non recouvrée sur le prix des meubles (3). Ceci est logique, car si le créancier jouissant d'un privilège général s'était présenté à la distribution du mobilier, il n'aurait pas pu être payé de la somme qu'il réclame sur le prix de l'immeuble ; le copartageant aurait donc subi ce prélèvement. Il n'y a en conséquence aucun motif pour faire bénéficier le coparta-

(1) Toullier, VII, p. 196 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 792 ; Planiol, II, 2628.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 794 ; Planiol, II, 2633.

(3) Aubry et Rau, § 262, III, 4^e éd., p. 165 ; Persil, I, sur article 2104, 2° ; Duranton, XIX, 200 ; Troplong, I, 251 bis ; Planiol, II, 2633 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 642 à 643, 1 et 794 ; Paris, 9 février 1809, D. A. 10. 833 ; Lyon, 14 décembre 1832, S. 33. 2. 169. D. 34. 2. 98 ; Limoges, 9 juin 1842, S. 43. 2. 10.

geant de l'absence de ce créancier. Celui-ci se présente trop tard pour prendre part à la distribution du mobilier, mais il se présente à temps pour demander à être colloqué, pour la somme qui lui serait restée impayée, dans la distribution du prix de l'immeuble. Sa négligence ne nuit pas aux autres créanciers.

Enfin « qu'arriverait-il si les immeubles étaient saisis et vendus avant le mobilier ? Dans ce cas qui se présente rarement, dit M. Planiol (1), on accorde aux créanciers à privilèges généraux une collocation provisoire dont ils ne toucheront le montant qu'autant que le mobilier ne suffirait pas à les payer. Enfin si le prix des immeubles était lui-même distribué avant les sommes provenant de la vente des meubles, les créanciers privilégiés généraux toucheraient le montant de leur collocation dans l'ordre ; mais on reconnaît alors aux créanciers hypothécaires, la subrogation aux droits des créanciers privilégiés pour leur permettre de se faire payer à leur place sur le mobilier, de façon à recouvrer la somme dont ils ont été obligés de subir le prélèvement. » Dans la pratique on a recours à un moyen beaucoup plus simple ; on donne aux créanciers à privilèges généraux un délai pour faire procéder à la vente du mobilier ; le prix de cette vente étant connu, les droits de tous peuvent être établis définitivement.

Il nous reste à apprécier la valeur de la disposition de

(1) Planiol, II, 2632 ; aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 644.

l'article 2405. Le législateur a cru devoir faire passer les créanciers de l'article 2401 avant les copartageants et en général avant les créanciers de l'article 2403, pour plusieurs raisons : c'est que les créanciers à privilèges généraux réclament ordinairement de très petites sommes ; en leur donnant donc la propriété sur les grosses créances, qui peuvent être dues à un créancier hypothécaire ou à un créancier de l'article 2403, la somme à distribuer à ceux-ci n'en est pas beaucoup diminuée, si l'on fait surtout remarquer que le privilège sur les immeubles des créanciers à privilèges généraux n'est que subsidiaire. La seconde est que si on ne leur avait pas donné cette priorité, ils n'auraient le plus souvent rien touché ; l'actif immobilier d'une personne insolvable étant généralement absorbé par le passif hypothécaire. Or, cette perte leur serait d'autant plus sensible que leurs ressources sont plus limitées.

Cependant la disposition de l'article 2405 est loin d'être indiscutable ; dans notre ancien droit la règle romaine était d'ailleurs en vigueur : les créanciers à privilèges généraux, n'étaient payés qu'après les créanciers hypothécaires. « Cette règle primitive fait remarquer M. Planiol (1), se comprenait ; le créancier privilégié n'était, au fond, qu'un créancier chirographaire qu'on dispensait de concourir avec les autres ; mais on n'allait pas plus loin et il restait primé par tous ceux qui possédaient une sûreté spé-

(1) 2629. 2630 et 2631. V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 793

ciale comme une hypothèque. » En Belgique (1) et en Roumanie (2) on a fait retour à cette idée romaine du « *privilegium inter personales actiones*. »

Un pareil mouvement de retour vient de se manifester en France. Dans ses séances des 1^{er} et 3 décembre 1908, le Sénat a voté un projet de réforme hypothécaire aujourd'hui soumis aux délibérations de la Chambre de Députés; ce projet modifie dans ces termes l'article 2105 : « Lorsqu'à défaut de mobilier les privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les paiements se font dans l'ordre qui suit : 1° Les frais de justice faits dans l'intérêt commun ; 2° les créances désignées dans l'article 2103 ; 3° les créances autres que les frais de justice ci-dessus énoncés dans l'article 2101. » La Commission de la Chambre des Députés n'a pas maintenu ces dispositions dans son contre projet : elle propose le maintien de l'ordre indiqué dans l'article 2105 actuel.

Toutefois on ne peut faire, à propos du privilège du copartageant, le même reproche, à l'article 2105, que celui qu'on lui fait à propos du privilège du vendeur d'immeubles (3). On l'accuse de manquer son but, parce que le vendeur pour obtenir son paiement intégral, « demandera la résolution de la vente et enlèvera par là à tous

(1) L. du 16 décembre 1851, art. 49.

(2) Art. 1729 C. civ.

(3) Planiol, II, 2634.

autres, en reprenant son bien, la valeur sur laquelle on lui refusait la priorité qui lui est raisonnablement due. » Le copartageant ne pourra en faire autant, car, nous l'avons vu, la clause résolutoire n'est pas de droit en matière de partage (4).

*B. Concours du privilège du copartageant avec les autres
privilèges spéciaux sur immeubles*

On sait que les cinq privilèges que l'article 2103 paraît énumérer doivent être réduits à trois : celui du vendeur, du copartageant, de l'architecte ; les n^{os} 2^o et 5^o ne sont que des applications spéciales du principe général de la subrogation (art. 1250) ; ils prévoient le cas où une personne autre que celle au profit de laquelle le privilège est créé, le possède néanmoins comme subrogée (2). Trois hypothèses de conflit peuvent donc se présenter :

1. Conflit entre privilèges de copartageants

I. Lorsque deux copartageants se trouveront créanciers d'un troisième copartageant, soit d'une créance de garantie, soit d'une soulte, soit d'un prix de licitation, et qu'ils auront, tous deux, inscrit leur privilège dans le délai de

(1) V. *suprà*, p. 142 et la note 1.

(2) Paul Pont, I, 232 ; Aubry et Rau, 290, III, 4^e éd., p. 483 ; Planiol, II, 2888 ; Colmet de Santerre, IX, 65 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 789.

soixante jours, ils viendront en concours, quoique les deux inscriptions aient des dates différentes. Cette solution ne peut faire de doute par suite des termes de l'article 2109, et il n'est pas nécessaire pour l'expliquer, de faire intervenir une idée de rétroactivité de l'inscription du privilège : nous nous trouvons en face de deux privilèges régulièrement conservés et le conflit s'élève entre créanciers d'un même débiteur ; la qualité des privilèges doit donc être seule prise en considération pour en déterminer le rang ; comme il s'agit ici de deux privilèges semblables, la règle du concours doit s'exercer : les deux copartageants viendront donc au même rang.

II. Il n'en sera pas de même dans l'hypothèse suivante où le conflit s'élève entre créanciers de débiteurs différents ;

Si par suite de partages successifs plusieurs copartageants d'un même immeuble se présentent en concours pour être payés sur le prix de cet immeuble, le conflit sera réglé par l'article 2103-1°, alinéa 2. Cet alinéa porte : « S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième et ainsi de suite. » Il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer cette règle par analogie aux copartageants. Le Code a pris un exemple ; il aurait pu tout aussi bien dire : « Le premier vendeur ou le premier copartageant », ou bien, il aurait pu répéter cet alinéa en remplaçant le mot vendeur par celui qui convenait, après chaque paragraphe de l'article 2103. C'est

donc ici la règle : *Prior tempore potior jure*, qui s'applique et personne ne conteste son application.

II. *Conflit entre le privilège du copartageant et celui du vendeur*

Là encore le même principe s'appliquera ; le rang sera déterminé par la priorité de la vente ou du partage, c'est-à-dire du fait générateur du privilège. Si l'un des copartageants a vendu l'immeuble qui lui était attribué par le partage, il n'a pu en transmettre la propriété à son acheteur, qu'à la charge de respecter le privilège qui affectait ce bien entre ses mains. Si au contraire le défunt avait acheté un immeuble sans en payer le prix, ce bien s'est trouvé dans la succession grevé du privilège du vendeur et ce n'est que sous la réserve de ce privilège qu'il a pu devenir la propriété exclusive de l'un des héritiers : les copartageants ne peuvent porter atteinte aux droits du vendeur et celui-ci peut exercer son privilège contre l'attributaire de l'immeuble (1).

III. *Conflit entre le privilège du copartageant et celui des architectes et entrepreneurs*

Puisque nous avons admis que le privilège du coparta-

(1) Aubry et Rau, 290, III, 4^e éd., p. 485 ; Colmet de Santerre, IX, 65 bis, I ; Laurent, XXX, 64 ; André, 453 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 790.

geant frappeait non seulement l'immeuble dans son état primitif, mais s'étendait aux accroissements qu'il a pu recevoir, ce conflit devient possible et son règlement sera facile; en effet ces deux privilèges s'exerceront sur des fractions distinctes de la valeur totale de l'immeuble : « Sur la part du prix, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, correspondante à la plus value séparée conformément à l'article 2103, le constructeur qui aura régulièrement conservé son privilège sera colloqué au premier rang : le copartageant ne pourra être colloqué que sur l'excédent. » En effet, l'article 2103-4°, 2° alinéa porte : « Mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits (1). »

*C. Concours du privilège du copartageant
avec les hypothèques*

C'est là que nous ferons particulièrement application de la règle que nous avons développée ci-dessus, à savoir : que les copartageants priment tous les créanciers hypothécaires régulièrement inscrits après la date du fait générateur du privilège. Passons en revue les trois hypothèses qui peuvent se présenter.

(1) Aubry et Rau, 290, III, 4^e éd., p. 485 ; Toulhier, VII, p. 198 ; Colmet de Santerre, IX, 63 bis, I, André, 453 ; Laurent, XXX, 61 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 791.

I. Conflit entre le privilège du copartageant et l'hypothèque inscrite avant le partage

a) *Conflit entre le privilège du copartageant et l'hypothèque inscrite avant le partage, mais venant du chef de l'ancien propriétaire.* — Le privilège de l'article 2103-3° ne peut l'emporter sur les créanciers hypothécaires inscrits du chef d'un propriétaire antérieur ; ceux-ci n'ont pu voir leur gage atteint ou diminué par suite d'un changement de mains de l'immeuble hypothéqué ; leur droit est opposable aux tiers détenteurs postérieurs et aux créanciers de ces tiers détenteurs même privilégiés. Si, par exemple, le défunt avait consenti sur l'un de ses immeubles une hypothèque au profit de l'un de ses créanciers : ces immeubles se trouvent, dans la succession, grevés de l'hypothèque consentie et les copartageants sont obligés de respecter le droit acquis du créancier hypothécaire : l'équité et la justice commandaient cette solution et l'on ne voit pas comment le législateur aurait pu en donner une autre.

b) *Conflit entre le privilège du copartageant et les hypothèques consenties par l'héritier apparent.* — Le privilège ne pourrait être donné à l'héritier qui s'est fait restituer contre sa renonciation, à l'effet de primer les hypothèques établies par le détenteur légal des immeubles de la succession, au profit des tiers qui ont contracté avec lui sous la foi de

cette renonciation (1) ; car cet héritier est tenu de respecter les droits acquis par les tiers (art. 790) (2). En effet, dit la note anonyme sous l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1879 (3), le privilège « ne peut, évidemment, être invoqué, dans ce cas, par le cohéritier dont le fait avait eu pour résultat d'entraîner les tiers dans une erreur invincible sur la qualité de l'héritier avec lequel ils avaient traité et sur les droits qui paraissaient lui appartenir au moment de la constitution d'hypothèque. La disparition du privilège était, en ce cas, une conséquence nécessaire de la validité de l'hypothèque. »

Nous donnerons même une solution identique dans le cas où les hypothèques ont été constituées par l'héritier apparent quand il se présente, dans la suite, un héritier resté inconnu : c'est là la conséquence de la jurisprudence admise sur le sort des actes faits par les tiers détenteurs apparents.

Toutefois, nous ferons remarquer avec la Cour de Grenoble (4), qu'il y a encore plus de raison d'adopter cette théorie dans le premier cas que dans le second, puisque dans le premier cas il y avait un acte public et authentique, contenant le consentement même de l'héritier

(1) Cass., 13 mai 1879 ; J. M., art. 221 52, D. 80. 1. 68.

(2) Paris, 8 juillet 1833, J. G., V^o Priv. et hyp., n^o 1202 et Contrat de mariage, n^o 770 ; Cass., 30 mars 1836, J. G., V^o Priv. et hyp. n^o 1206 ; Req. 25 janvier 1847, D. 47. 4. 342 ; Aubry et Rau, 4^e éd., III, 266, p. 268.

(3) Précité.

(4) Sous Cass., 13 mai 1879, précité.

renonçant, tandis que dans le second, il y a seulement une apparence. Dans la première hypothèse, les tiers traitent sur la foi d'un acte ; dans les deux cas, ils se fient à une simple apparence. Mais cette considération n'est pas suffisante pour abandonner la théorie que nous avons admise : elle vient seulement la fortifier, dans le cas d'une rétractation d'une renonciation.

c) Conflit entre le privilège du copartageant et les hypothèques générales et judiciaires, inscrites avant le partage. — Le copartageant sera-t-il encore primé par des créanciers hypothécaires, ayant acquis leurs droits du copartageant débiteur et ayant inscrit avant le partage ? En un mot, quand les deux garanties : privilège et hypothèque, proviennent d'un même débiteur, le copartageant créancier est-il obligé de laisser passer avant lui le créancier hypothécaire inscrit avant le partage ?

Le question se pose quand le patrimoine du copartageant débiteur est frappé par une hypothèque générale, soit légale soit judiciaire : par le fait de cette hypothèque, tous les biens immeubles qui lui adviennent par la suite, sont compris dans le gage du créancier : ce créancier se trouvera en concours avec le copartageant quand un immeuble devient la propriété du débiteur par un acte de partage et quand cet acte de partage a fait naître une créance au profit d'un copartageant contre ce débiteur.

Le copartageant primera ces créanciers à hypothèques générales : on justifie cette solution en disant, avec

M. Tissier (1), que le privilège est, aux termes de l'article 2095, « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires. » Or, « les créanciers hypothécaires ont un droit acquis, mais ils n'ont pas le droit d'être préférés au créancier privilégié ; leur droit est né avec un caractère d'infériorité vis-à-vis du privilège ; la loi a disposé qu'ils seraient primés par les privilèges nés du chef du même débiteur sur le même immeuble. »

Au surplus ces créanciers à hypothèque générale n'ont pas à se plaindre de cette solution ; le lot n'appartient à leur débiteur aux termes du partage qu'avec la réserve de laisser les copartageants créanciers se faire payer avant eux ; le privilège du copartageant a été retenu, réservé, distrait lors du partage. C'est ce que M. Tissier montre clairement ; « dans le cas du privilège du copartageant, dit-il, il n'est pas juste que le créancier antérieur d'un des héritiers s'attribue le prix du lot de son débiteur, au détriment des autres héritiers, créanciers de soulte ou de garantie ; ce serait rompre l'égalité du partage, en attribuant au créancier d'un des héritiers une somme plus grande que celle à laquelle a réellement droit à cet héritier ; le créancier s'enrichirait au préjudice des cohéritiers de son débiteur. L'immeuble grevé du privilège était sans doute déjà affecté d'une hypothèque lors du partage, mais cette hypothèque comme toutes les hypo-

(1) Note de M. Tissier, S, 96 1. 497.

thèques est née inférieure aux privilèges existant du chef du même débiteur sur l'immeuble hypothéqué (1). »

Ce raisonnement n'est pas, prétendent certains auteurs, satisfaisant : Ces hypothèques frappent les immeubles qui adviennent au débiteur par succession, au jour de la naissance de son droit ; or, le copartageant a un droit qui date de l'ouverture de la succession et il peut invoquer la rétroactivité du partage. Il faudrait donc admettre pour que le privilège soit opposable aux créanciers à hypothèques générales qu'il date non du jour du partage mais du jour de l'indivision. Le partage ayant un effet rétroactif, le privilège qui en résulte ne doit-il pas lui-même être considéré comme né au jour où l'indivision a commencé ? Une seule et même opération fait naître le privilège en même temps qu'elle détermine la part de chaque copartageant ; le privilège né de ce partage ne doit-il pas avoir la même date que lui ? Dans ce système on fait valoir, comme dans l'autre, que les créanciers hypothécaires n'ont pas à se plaindre de la solution, puisqu'ils doivent, comme nous l'avons dit ci-dessus, supporter les charges qui accompagnent les augmentations de leur gage (2).

Nous devons constater que cette seconde théorie arrive au même résultat que la première. Nous préférons cependant la première, car la loi ne parle nulle part de la rétroac-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilège sur les immeubles*.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Rapp. Huc, XIII, 120, 155.

tivité du privilège (1) ; on ne peut suppléer au silence de la loi. Il est préférable de dire que la nature du privilège suffit à elle seule et indépendamment de tout effet rétroactif pour affirmer que les créanciers à hypothèque générale sont primés par le privilège du copartageant, fussent-ils même inscrits avant la naissance du privilège. Mais c'est seulement entre créanciers du même débiteur que la règle de la priorité du privilège s'applique.

Le tribunal civil de la Seine (2) a fait une application à l'hypothèque légale de la femme mariée, de la théorie que nous avons ci-dessus développée : Attendu, dit-il, que l'hypothèque légale de la femme « ne peut affecter les biens du mari que dans la mesure et sous les modalités mêmes où ils lui étoient ; que le droit de propriété du copartageant est d'une nature spéciale, qu'il n'existe à son profit sur sa part indivise que sous condition résolutoire, tant que dure l'indivision et s'évanouit par le seul fait de la licitation ; qu'il ne porte sur le tout, lorsque la licitation a fait cesser l'indivision, que sous la condition suspensive de payer à ses copartageants la part leur revenant dans le prix de la licitation, ainsi que l'exige le principe de l'égalité des partages ; que c'est dans le but d'assurer aux copartageants l'exécution de cette condition que la loi a instituée à leur profit, par l'article 2109, un privilège spécial sur l'immeuble licité, que ce privilège résultant de la condition essentielle

(1) V. *suprà*, p. 241 et 259.

(2) Trib. civ. de la Seine, 6 juillet 1897, *Gaz des Trib.*, 17 septembre 1897.

mise au droit de propriété du colicitant acquéreur le grève dès sa naissance ; qu'elle est donc par sa nature supérieure à tout autre droit de préférence pouvant résulter des hypothèques conventionnelles ou légales du chef du colicitant à quelque date qu'elles puissent remonter. »

C'est peut-être à tort que le jugement parle de condition suspensive, mais ce n'est là qu'une mauvaise expression, car il la corrige en disant que le seul moyen d'appliquer cette condition c'est d'invoquer le privilège des articles 2103-3° et 2109. Le Tribunal de Digne a rendu le 18 mars 1890, un jugement dans le même sens (1).

On peut cependant citer un jugement du Tribunal civil de Castelsarrazin (2) qui donne la priorité à l'hypothèque légale de la femme sous prétexte que cette hypothèque était née avant le partage et que l'article 2109 ne peut porter atteinte aux droits acquis. Ce sont les seules décisions de jurisprudence que nous ayons relevées sur la question.

II. *Conflit entre le privilège du copartageant et l'hypothèque acquise pendant l'indivision et inscrite avant le privilège.*

a) L'hypothèque consentie par un communiste sur un immeuble indivis se trouve avoir un effet légal si cet immeuble est par la suite attribué au copropriétaire qui a

(1) Trib. Digne, 1890. *La loi*, 20 avril 1890.

(2) Trib. civ., Castelsarrazin, 19 mars 1897. *Gaz Trib.*, 17 septembre 1897.

consenti cette hypothèque (1). Mais par le partage qui met cet immeuble au lot du copartageant, débiteur hypothécaire, une créance peut être due par ce copartageant au profit de ses copartageants ; cette créance sera conservée par le privilège de l'article 2103-3° ; il peut donc arriver que le privilège du copartageant se trouve en concours avec un créancier hypothécaire du copartageant débiteur, ayant acquis une hypothèque pendant l'indivision et l'ayant inscrite avant que le copartageant créancier ait pris inscription de son privilège. Que décider dans ce cas ?

Au dire de Laurent (2) : « pendant l'indivision chacun des communistes peut hypothéquer comme propriétaire les immeubles qu'ils possèdent par indivis. Si ensuite l'immeuble hypothéqué est compris dans le lot de celui qui a consenti l'hypothèque, celle-ci aura effet et rang à partir de l'indivision. Lors du partage en vertu du lotissement, l'immeuble grevé du privilège de soulte se trouve donc démembré au profit du créancier hypothécaire ; il entre, ainsi démembré, dans le lot du copartageant qui est débiteur de la soulte ; le privilège, qui, de ce chef, affecte l'immeuble, ne peut le grever que dans l'état de démembrement qui résulte de l'hypothèque. C'est dire que le créancier hypothécaire doit l'emporter sur le créancier privilégié, puisqu'il a un droit acquis dans la chose au moment où le privilège prend naissance. » La

(1) C'est là une conséquence de l'effet déclaratif de l'article 883.

(2) XXX, 92 ; *adde*, Lepinois, III, 1138 ; Huc, XIII, 155.

solution donnée par Laurent se rattache à un principe plus général : à savoir que les privilégiés ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte aux droits acquis par les tiers : le privilège ne privera que les hypothèques nées après le fait générateur du privilège. « Le privilège, dit-il (1), ne peut pas primer l'hypothèque dans tous les cas où il concourt avec une hypothèque inscrite au moment où le privilège prend naissance, parce que si le privilège l'emportait sur l'hypothèque, on enlèverait au créancier hypothécaire un droit acquis ; or, le législateur maintient toujours les droits acquis. Le principe ne peut donc recevoir d'application que lorsque le privilège concourt avec une hypothèque postérieure ; dans ce cas, le privilège, quoiqu'il ne soit inscrit que postérieurement à l'hypothèque, l'emporte par sa nature, c'est-à-dire par la qualité de la créance. » M. Tissier (2) fait remarquer que deux arrêts de la Cour de cassation paraissent admettre cette théorie : Le premier du 26 janvier 1813 (3) dit « qu'il résulte de l'article 2106 Code civil que le privilège ne produit aucun effet tant qu'il n'est pas inscrit, mais qu'une fois inscrit, il prime toutes les créances hypothécaires *qui lui sont postérieures*, quoique l'inscription en soit antérieure. » Le second du 6 mai 1868 (4) s'exprime de la même façon : « L'inscription, prise en temps utile, a pour effet d'as-

(1) Laurent, XXX, 80.

(2) Note sous Cass., 15 janvier 1896, S. 96. 1. 497.

(3) D. 68. 1. 316.

(4) S. 68. 1. 255.

surser au créancier privilégié à partir du jour où son droit a pris naissance, la préférence sur toutes les créances même hypothécaires qui *n'ont pas frappé antérieurement* les biens affectés. »

Nous ne pouvons accepter ni la théorie de Laurent ni les formules de ces deux arrêts de la Cour de cassation. Pour nous, le copartageant sera préféré aux créanciers auxquels le copartageant débiteur a, pendant l'indivision, consenti une hypothèque sur l'immeuble, qui lui est, par la suite, échu en partage ou adjugé par licitation, alors même que cette hypothèque aurait été inscrite avant le partage ou l'adjudication sur licitation (1).

En effet, le tiers qui s'est inscrit pendant l'indivision a bien un droit acquis, mais comme tout à l'heure il n'a pas acquis le droit d'être préféré au créancier privilégié. Pour les mêmes raisons que ci-dessus nous pouvons dire avec M. Tissier : « L'immeuble grevé du privilège était sans doute déjà affecté d'une hypothèque lors du partage, mais cette hypothèque, comme toutes les hypothèques, est inférieure aux privilèges existants du chef du même débiteur sur l'immeuble hypothéqué. »

De plus, ce serait rompre l'égalité du partage que de permettre au créancier du copartageant débiteur de porter atteinte aux droits des copartageants créanciers : le créancier s'enrichirait au profit des cohéritiers de son débiteur

(1) Guillouard, II, 951 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3334 ; Cass., 29 mars 1882, D. 93. 1. 168 ; Cass., 15 janvier 1896, S. 96. 1. 497, note de M. Tissier.

puisque ceux-ci sont, par hypothèse, créanciers d'une soulte ou d'une créance de garantie : or cette soulte ou cette créance de garantie ne sera pas totalement payée si le créancier hypothécaire prime les copartageants créanciers du débiteur commun.

Enfin, l'équité n'est nullement blessée par cette solution : le créancier qui reçoit une hypothèque sur un immeuble indivis, sait à quels risques il est exposé ; il sait que l'immeuble hypothéqué ne sera peut-être pas mis au lot de son débiteur ; que, s'il y est mis, il sera peut-être grevé d'un privilège au profit des copartageants ; il ne pourra donc compter sur la valeur totale de l'immeuble qu'autant qu'après l'expiration du délai de soixante jours, il n'aura pas été pris d'inscription du privilège de copartageant (1).

Cette solution est donc nécessaire pour conserver au copartageant le bénéfice des garanties que la loi a voulu lui assurer. On pourrait aussi la trouver en partant d'un autre raisonnement, en arguant de la rétroactivité du privilège au jour où l'indivision a commencé, par analogie avec la rétroactivité de l'article 883. Nous avons vu que les principes, à eux seuls, unis aux considérations d'équité et de justice, suffisent à justifier notre solution : il est donc inutile de chercher dans la loi une disposition qu'elle ne renferme pas.

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4381 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Tissier, note précitée ; Colmet de Santerre, IX, 70 bis, I.

b) Le privilège du copartageant prime-t-il encore le créancier hypothécaire ayant acquis ses droits pendant l'indivision et ayant requis une inscription avant celle du privilège, quand ce créancier tient son droit d'une obligation contractée par tous les coindivisaires ? Voici l'hypothèse : Tous les communistes consentent conjointement et solidairement une hypothèque sur les immeubles faisant partie de l'indivision ; l'un d'eux devient cessionnaire de tous ses coindivisaires de leurs parts dans l'indivision et le paiement du prix de ces cessions est garanti par le privilège de l'article 2103-3°. Ce privilège primera-t-il le créancier hypothécaire ? Ou bien, pour prendre l'hypothèse qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation : les cédants ayant transporté au profit d'un tiers le prix de leur cession, le tiers primera-t-il, par l'effet de la subrogation consentie à son profit dans le privilège du copartageant, le créancier hypothécaire ? Pour résoudre ce problème, il faut se placer à deux époques différentes : avant la loi du 31 décembre 1910 et après cette loi.

*1^{er}. Systèmes admis par la jurisprudence avant la loi
du 31 décembre 1910*

A. Arrêt de la Cour de Limoges du 12 novembre 1862 (1)

La jurisprudence paraît avoir admis jusqu'en 1909 que,

(1) S. 63. 2. 83 ; D. 63. 2. 15 ; P. 63. 713.

si l'hypothèque était constituée solidairement au cours de l'indivision par tous les copropriétaires, elle était opposable à tous quel que fût le résultat de la licitation ou du partage et que les droits qui en résulteraient ne pourraient être mis en échec par la cession que l'un des constituants consentirait ultérieurement de son privilège de copartageant. Attendu, dit l'arrêt de la Cour de Limoges, que le copartageant « a spécialement et expressément affecté à l'exécution de son obligation son droit même de copropriété, que ce droit, maintenant représenté par un privilège de copartageant, qui n'en est rétroactivement que la continuation, n'en demeure pas moins assujetti à l'affectation réelle à laquelle il a été soumis durant l'indivision. » Certes, en vertu de l'article 883, le cohéritier était censé n'avoir jamais eu de droits sur les immeubles hypothéqués, parce que ces immeubles n'étaient pas échus dans son lot ; on devrait donc raisonner comme si le cohéritier n'avait pas pris part à la constitution d'hypothèque. Ce n'est pas ce qu'a pensé la Cour de Limoges, car pour elle il est resté quelque chose, quelque vestige du droit du cohéritier cédant sur les immeubles ; et ce vestige c'est la créance privilégiée. Si donc la propriété, au lieu de disparaître absolument, a été en quelque sorte transformée en une créance privilégiée, il ne semblerait ni rationnel ni équitable que le privilège auquel la licitation a donné naissance pût être opposé par le cédant ou ses ayants cause au créancier, au profit duquel il avait antérieurement hypothéqué cet immeuble ; il répugnerait

d'admettre que, un cohéritier, après avoir concouru à la constitution d'une hypothèque, pût ensuite se créer, par son propre fait sur le même immeuble, un titre de préférence à l'encontre du créancier hypothécaire.

B. Arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1909 (1)

La Cour de cassation (2) n'a pas admis le système de la Cour de Limoges et, par son arrêt du 12 janvier 1909 elle décida que le privilège du copartageant, exercé par la cessionnaire du cohéritier créancier, prime le créancier hypothécaire, qui ne peut invoquer une prétendue renonciation, dérivant à son profit de la constitution d'hypothèque ; cette constitution étant mise à néant par la combinaison des articles 883 et 2125 : « Attendu, d'une part, dit l'arrêt, qu'aux termes de l'article 883 Code civil, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ; » que, d'autre part, aux termes de l'article 2125, « ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu » par une condition ou résoluble ou sujet à rescision ne

(1) S. 09. 1. 361, note de M. Wahl ; D. 1910. 1. 33, note de M. de Loynes.

(2) La jurisprudence, si l'on se réfère aux arrêts suivants, avait consacré implicitement la solution de l'arrêt de 1909. Particulièrement Cass., 16 avril 1888, D. 88. 1. 249 ; Cpr. Cass., 21 mai 1895 ; D. 96 1. 9, note de M. Planiol ; Cass., 29 janvier 1900, S. 1900. 1. 337 ; Bourges, 28 novembre 1898, S. 01. 2. 249.

« peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux
« mêmes conditions ou à la même rescision. » De la combinaison de ces articles « il résulte que l'hypothèque constituée pendant l'indivision par un des cohéritiers est non avenue lorsque l'immeuble n'est pas mis au lot du constituant ou échoit sur licitation à un autre cohéritier » ; dans ce cas le créancier « reste chirographaire et il est forcé de subir l'exercice du privilège de ce copartageant cédé par le débiteur à une autre personne et inscrit conformément à l'article 2109. » « L'application de ces principes, poursuit la Cour de cassation, ne comporte aucune exception dans le cas où l'immeuble indivis a été hypothéqué par les deux copropriétaires pour sûreté d'une dette contractée solidairement. » Car si « la solidarité de l'obligation peut en vertu de l'article 1203, entraîner contre celui des codébiteurs qui est poursuivi par le créancier, condamnation au paiement de la dette entière, elle ne saurait, à défaut de stipulation expresse régulièrement portée à la connaissance des tiers avoir pour conséquence légale de faire considérer le codébiteur non attributaire de l'immeuble comme ayant renoncé nécessairement à exercer par cessionnaire, son privilège de copartageant à l'encontre du créancier, qui se trouve avoir seulement du chef de l'autre codébiteur hypothèque sur cet immeuble. » De ces principes l'arrêt conclut que spécialement lorsque deux copropriétaires en se reconnaissant débiteurs solidaires envers des tiers, leur ont hypothéqué des immeubles indivis, que des inscriptions ont en conséquence été prises, que

plus tard l'un des copropriétaires d'une part à consenti en faveur de l'autre, à titre de licitation, la cession de tous les droits lui appartenant dans l'indivision, et d'autre part a cédé à des créanciers personnels son privilège de copartageant, ils doivent, dans l'ordre ouvert sur les immeubles à la suite d'une poursuite en expropriation forcée, être colloqués au rang du privilège, avant les créanciers hypothécaires. Et ces derniers ne peuvent, pour contester cette collocation, « invoquer une prétendue renonciation, qui, d'après eux, dériverait à leur profit de la constitution d'hypothèque » mise à néant par l'effet de la licitation. Cette décision est-elle conforme aux textes ? Deux systèmes ont été présentés :

1° Critique de l'arrêt

On a formulé contre cet arrêt deux objections. On lui a reproché de violer les règles relatives à l'obligation de garantie et de méconnaître l'intention des parties contractantes.

¹^{ent} Le colicitant non attributaire, a-t-on dit (1), s'est engagé implicitement en constituant l'hypothèque à reconnaître au créancier tous les droits afférents à cette hypothèque ; il méconnaît cette obligation de garantie en faisant valoir ce privilège soit lui-même, soit par cessionnaire.

(1) Palmade, *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, p. 1911, XL, 424 ; Cossart, *Circulaire trimestrielle du Comité des notaires des départements*, 1909, n° 282, p. 691.

2^{nt} Quant à la seconde objection, elle forme l'objet de la note de M. Wahl (1) ; d'après cet auteur, il faut considérer deux hypothèses :

I. Supposons que le privilège soit exercé par un des copartageants : « Le but du créancier, dit M. Wahl, qui se fait consentir une hypothèque sur les biens indivis par tous les copropriétaires est d'échapper à l'application de l'article 883 du Code civil, c'est-à-dire être assuré que de quelque manière que se dénouera l'indivision, l'hypothèque subsistera. » Le but est manqué si le copartageant non attributaire prime le créancier hypothécaire ; avec la théorie de la Cour de cassation, le sort des hypothèques est entre les mains des copartageants : si l'indivision cesse par un partage sans soulte, il n'y aura aucun privilège à exercer et les créanciers hypothécaires seront payés. Si au contraire elle cesse par un partage avec soulte ou par une licitation au profit d'un des copropriétaires, il y aura lieu à l'exercice du privilège du copartageant et les hypothèques seront primées ; si cette théorie qui remet le sort des hypothèques entre les mains des copartageants n'est pas pleinement justifié, il y a lieu de la rejeter. Or, elle n'est pas justifiée.

En effet, le copartageant non attributaire de l'immeuble a, en concourant à la constitution d'une hypothèque sur les biens indivis, renoncé à exercer par la suite le privilège de l'article 2103-3° pour le cas où ce privilège lui

(1) Sous Cass., 12 janvier 1909, S. 09. 4. 361.

serait accordé par la loi pour une cause quelconque. Il est reconnu que tout créancier muni d'un droit de préférence peut y renoncer même tacitement et y renonce quand il prend part à l'acte fait par son débiteur avec un tiers auquel le droit de préférence porterait préjudice. C'est ainsi que le concours d'un créancier hypothécaire à l'aliénation d'un immeuble emporte renonciation au droit d'user de l'hypothèque vis-à-vis de l'acquéreur (1); c'est encore ainsi que la femme solidairement obligée avec son mari dans l'acte par lequel celui-ci constitue hypothèque est censée renoncer à son hypothèque légale au profit du créancier et celui-ci est valablement subrogé à cette hypothèque légale (2). Le concours à une constitution d'hypothèque entraîne, selon l'avis de la doctrine et de la jurisprudence (3), abandon de tous droits d'antériorité et même une cession de priorité au profit du nouveau créancier; or, dans l'hypothèse soumise à la Cour de cassation, il y a eu quelque chose de plus; il y a eu constitution d'hypothèque par tous les indivisaires; cette constitution d'hypothèque est plus qu'un simple concours, qu'une simple présence à

(1) Cass., 10 avril 1855; Colmet de Santerre, IX, 162 *bis*, III; Laurent, XXXI, 375; Aubry et Rau, § 292, texte et note 20, III, 5^e éd., p. 816; Pont, II, 1234; Planiol, II, 1391; Guillouard, IV, 1907; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 2261 et 2262.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1082.

(3) Bordeaux, 17 mars 1830, S. et P. chr.; Caen, 1^{er} février 1848, S. 49. 2. 541; Aubry et Rau, § 292, III, 5^e éd., p. 817; Laurent, XXXI, 378; Huc, XIV, 60; Pont, II, 1238; Guillouard, IV, 1909; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, 2262.

l'acte. Au reste comment interpréter la constitution d'hypothèque, comme ayant une autre signification que celle de valoir renonciation au privilège? Cependant il faut avouer que l'hypothèque par suite de la combinaison des articles 883 et 2125 se trouve anéantie et que la solidarité stipulée dans la constitution d'hypothèque n'empêche pas le codébiteur de se prévaloir de ses propres créances vis-à-vis de son codébiteur, avec les garanties qui y sont jointes. Mais dans notre hypothèse il n'est pas question de solidarité; il y a eu renonciation tacite par suite du concours à l'obligation hypothécaire; au reste le fait de la renonciation n'est pas visé par la Cour de cassation qui reconnaît son existence en disant qu'elle ne produit pas son effet à défaut de stipulation expresse régulièrement portée à la connaissance des tiers.

II. Supposons maintenant que le privilège soit exercé par un cessionnaire du copartageant non attributaire de l'immeuble; si l'on admet, comme nous venons de le voir, la renonciation implicite du copartageant au privilège, il est nécessaire d'admettre que le cessionnaire qui ne peut avoir plus de droit que son cédant, ne pourra pas se prévaloir du privilège.

Mais il y a, d'après l'arrêt, un obstacle à cela; c'est que la renonciation n'a pas été portée régulièrement à la connaissance des tiers. Il est facile, d'après M. Wahl, de répondre à cette objection. Le privilège s'éteint par une renonciation; or, la loi n'exige pas de publicité pour une renonciation; elle peut être sous-seing privé ou même être

tacite comme nous venons de le voir ; aucune transcription, aucune mention n'est nécessaire (1) ; seule la mainlevée de l'inscription conservant le privilège est soumise à certaines formalités, article 2157 ; mais qu'est cette mainlevée ? Une renonciation à l'inscription, non une renonciation au privilège, et d'après la jurisprudence elle produit son effet vis-à-vis des tiers, quand même elle ne serait pas suivie de la radiation de l'inscription. Car c'est dans l'intérêt du constituant et pour lui faire retrouver intact son crédit que la radiation est organisée (2). La renonciation au droit hypothécaire faite au profit de certaines personnes seulement, ne peut du reste être suivie de la radiation d'une inscription, dont les effets subsistent vis-à-vis de tous les autres intéressés. Le privilège s'est donc à l'égard de tous trouvé éteint par la renonciation implicite du copartageant non attributaire, et quand un privilège est éteint un cessionnaire ne peut s'en prévaloir (3).

2° Approbation de l'arrêt

1^{er} La Cour de cassation a elle-même écarté par avance la première objection que nous avons exposée, violation des règles relatives à l'obligation de garantie, en rappelant que la constitution d'hypothèque consentie par le

(1) Paris, 23 avril 1854, S. 54. 2. 336 ; Aubry et Rau, § 292, III, 5^e éd., p. 816 ; Planiol, II, 3399 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, 2264, I et 2265 ; Laurent, XXXI, 374 ; Huc, XIV, 59.

(2) Orléans, 29 novembre 1889, S. 91. 2. 35.

(3) Cass., 11 novembre 1891, S. 95. 1. 501.

colicitant non attributaire était rétroactivement anéantie. Comment cette constitution d'hypothèque avait-elle pu, dès lors, faire naître une obligation de garantie ?

« On serait peut-être tenté, dit M. Palmade (1), de l'expliquer en disant que dans l'acte juridique intervenu entre le colicitant non attributaire et le créancier, il y avait deux choses distinctes : la constitution de l'hypothèque et l'obligation de garantie ; et si l'acte était anéanti en tant que créateur de droit réel, il ne s'en suivrait nullement qu'il ne valût rien au deuxième point de vue. » L'article 1599 accorde des dommages-intérêts dans le cas de la vente de la chose d'autrui. Pourquoi l'obligation de garantie ne survivrait-elle pas à la constitution d'hypothèque anéantie ?

M. Palmade répond lui-même à cet argument. L'article 1599 ne recevra son application que dans le cas où l'acheteur « a ignoré que la chose fût à autrui. » Or, ajoute-t-il, « en notre hypothèse, le créancier savait parfaitement que le constituant n'était pas propriétaire exclusif, il ne pouvait donc invoquer une obligation de garantie prise à son profit. »

^{2^{ent}} Quant à la seconde objection, sa réfutation fait l'objet de la note précitée de M. de Loynes et nous nous rallions à son opinion.

Il n'y a pas, croyons-nous, eu renonciation au privilège,

(1) *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, 1911, XL, 424.

parce que les renonciations ne se présument pas ; il faudrait pour que la théorie de M. Wahl fût exacte que l'acte accompli, c'est-à-dire la constitution d'hypothèque, ait pour conséquence nécessaire la renonciation au droit d'exercer le privilège. Or, ici l'intervention du copropriétaire s'explique par la constitution d'hypothèque qu'il a lui-même consentie ; chacun des copropriétaires n'a agi dans cette constitution d'hypothèque qu'en son nom personnel et dans la mesure de ses droits et malgré la solidarité et l'unité de l'acte, ils n'ont pas réciproquement participé aux constitutions hypothécaires consenties. Dès lors, que ce soit le copartageant lui-même ou son ayant cause qui exerce le privilège, peu nous importe : le tiers cessionnaire du copartageant non attributaire, comme le copartageant lui-même, aura droit au privilège ; la portée de l'arrêt est donc général et s'il parle de l'exercice du privilège par cessionnaire c'est parce que telle était l'espèce.

Mais l'arrêt donne lui-même un remède contre la situation désastreuse qu'il crée à l'encontre du créancier hypothécaire : il permet d'obtenir par stipulation expresse la renonciation des copartageants à leur privilège ; mais il ajoute que cette clause devra être portée régulièrement à la connaissance des tiers. « Quel sera, dit M. de Loynes, l'objet de cette stipulation et en quoi consiste la publicité dont elle doit être entourée?... La convention peut porter sur le privilège envisagé en lui-même et indépendamment de la créance garantie, elle peut porter sur la part du prix

de licitation attribué au colicitant qui ne s'est pas porté adjudicataire, avec le privilège qui en est l'accessoire. » Dans le premier cas la cession a pour objet un droit réel. Or, la loi du 23 mars 1855 ne requiert aucune formalité pour ce droit réel particulier ; il serait peut-être alors bon d'appliquer la jurisprudence suivie avant 1855 pour les cessions d'hypothèques légales (1) : « Il suffira, ajoute M. de Loynes, que le privilège ait été inscrit dans les délais et dans les formes déterminées par la loi et que l'acte de cession ait date certaine pour que le cessionnaire puisse à l'égard des tiers comme à l'égard du cédant, s'en prévaloir à son profit. » Dans le second cas, c'est-à-dire si la cession a pour objet la créance même du cédant accompagnée de son privilège, la publicité à employer sera celle de l'article 1690. Ce remède indiqué par l'arrêt lui-même est, semble-t-il, assez faible et présente une solution qui n'est peut-être pas certaine. Cependant, comme nous l'avons vu, la théorie de la Cour de cassation est exacte et, dans l'hypothèse que nous venons d'exposer, le créancier hypothécaire est primé par le copartageant qui exerce le privilège de l'article 2103.

Aussi notre arrêt a beaucoup inquiété les jurisconsultes et les notaires : ceux-ci surtout craignent qu'un conseil peu consciencieux, indique à des copartageants dans le besoin le moyen que leur laisse la jurisprudence et grâce auquel

(1) J. G. supp., V° Priv. et hyp., 564 ; nouveau Code annoté, V, appendice III, loi du 23 mars 1855, art. 9. nos 226 et s. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1090.

ils peuvent échapper à l'obligation de payer leurs créanciers hypothécaires : Les copartageants qui avaient contracté pendant l'indivision un prêt hypothécaire, n'avaient qu'à procéder au partage et à consentir à l'un d'eux moyennant une soulte majorée l'attribution de l'immeuble hypothéqué, en vertu de laquelle ils inscrivaient à leur profit le privilège du copartageant ; puis les bénéficiaires de la soulte la cédant à un tiers avec la garantie qui y était attachée, celui-ci, jouissant du privilège du copartageant, primait le créancier hypothécaire qui, ne pouvant se faire intégralement payer sur l'immeuble, devait se contenter de la solvabilité personnelle le plus souvent illusoire de ses débiteurs.

Aussi avait-on proposé plusieurs moyens pour éviter cette combinaison, pour pallier l'iniquité qu'elle entraînait :

1^o Le premier de ces moyens consistait à stipuler dans l'acte constitutif de l'hypothèque, que les constituants renonçaient au droit d'exercer par eux ou par cessionnaire, à l'encontre du créancier, le privilège du copartageant et à mentionner cette renonciation dans l'inscription de l'hypothèque.

Mais, comme le fait remarquer M. Boivin Champeaux (1), « il est plus que douteux que ce moyen soit propre à obtenir le résultat désiré. D'une part les renonciations à privilège ne sont astreintes par la loi à aucune publicité.

(1) Doc. Parl., Sénat, 1910, annexe 363, session extraordinaire, p. 14.

Celle qu'il s'agit d'organiser serait purement arbitraire et dès lors il est à craindre qu'elle ne puisse produire légalement aucun effet ; d'autre part, ce n'est pas dans une inscription d'hypothèque que les tiers peuvent être astreints à chercher la preuve d'une convention relative à un privilège de copartageant : c'est dans une inscription ayant trait à ce privilège lui-même. » Or, le privilège naît du partage et avant le partage aucune inscription le concernant ne peut être valablement faite (1).

2° Le second moyen consistait à faire céder par les cohéritiers hypothécaires dans l'actif constitutif de l'hypothèque, l'antériorité qui pourrait résulter à leur profit du privilège du copartageant. Mais ce procédé se heurtait comme le précédent à la même objection : une cession d'antériorité ne peut être rendue publique qu'après une mention en marge de l'inscription du privilège ; or, cette inscription n'a pas pu être prise avant le partage.

3° Un troisième procédé fut proposé — celui que conseillait l'arrêt et que M. de Loynes approuve — il consistait à faire céder par les cohéritiers au créancier hypothécaire les soultes ou retours de lots ou toutes autres créances, auxquels ils pourraient avoir droit, avec acceptation par chacun d'eux dans un acte authentique ou signification par le cédant au cédé de la cession faite par l'autre pour donner satisfaction aux prescriptions de l'article 1690

(1) Cass., 1^{er} mars 1860, D. 60. 1. 510 ; V. *suprà*, p. 21.

et avec interdiction pour tous deux, de procéder à partage hors de la présence du créancier hypothécaire.

Nous avons vu comment M. de Loynes organisait la publicité à donner à cette cession : pour le cas où elle porte sur la créance elle-même assortie de son privilège il n'y a pas de doute l'article 1690 s'applique ; mais quand elle porte sur le privilège envisagé en lui-même sans mention de la créance qu'il peut garantir, il faudrait qu'elle reçoive la publicité requise pour les droits réels non prévus dans la loi du 23 mars 1755, c'est-à-dire, qu'on appliquera la jurisprudence suivie avant 1855 pour la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée (1). Cette solution est peut-être douteuse ou tout au moins incertaine.

Cependant si le créancier a stipulé la cession anticipée, soit du privilège qui peut éventuellement appartenir à son débiteur, soit de la créance que celui-ci acquiert contre l'adjudicataire et qui est garantie par ce privilège, la validité de cette cession éventuelle a été consacrée par un arrêt de la Chambre civile du 16 mai 1886 (2). « Il faut, seulement, ajoute M. de Loynes, que conformément à l'article 1690, la cession ait été signifiée ou acceptée. Le cessionnaire, si l'éventualité se réalise est alors saisi de son droit à partir de l'accomplissement des formalités légales. »

C'est cette clause qui était, dès avant l'arrêt et surtout

(1) V. *suprà*, p. 288, n. 1.

(2) D. 86. 1. 281.

depuis l'arrêt de 1909, employée dans les actes notariés. Mais au dire de M. Boivin Champeaux (1) : « il s'agit là de stipulations compliquées dans la rédaction desquelles les officiers publics seront fort exposés à encourir des responsabilités. » Et, d'autre part, ces stipulations accessoires grèveraient les contrats de droits supplémentaires d'enregistrement.

4° Enfin un quatrième moyen consistait à fixer par une convention antérieure à la licitation — par l'acte constitutif d'hypothèque par exemple — les droits de chacun des copropriétaires indivis, à une part déterminée, dans le prix de cette licitation éventuelle. Dans cette hypothèse l'indivision a pris fin ; dans la mesure fixée par la convention chacune des parties a pu hypothéquer l'immeuble. La licitation qui intervient par la suite « n'est qu'un mode d'exécution de la stipulation ordonnant la réalisation et opérant la répartition du prix ; elle ne peut avoir pour but et pour effet de mettre un terme à une indivision qui a déjà cessé d'exister ; elle nous apparaît plutôt comme une vente de la part de chacune des parties non seulement dans le cas où un tiers se porte adjudicataire (1), mais encore dans le cas où le propriétaire d'une fraction de l'immeuble se porte adjudicataire de la totalité. Par conséquent, elle est sans influence sur les hypothèques consenties par celui qui ne se porte pas adjudicataire. Ces hypo-

(1) Rapport précité ; V. *suprà*, p. 2, n. 289.

(2) Cass., 18 juin 1900, D. 1906. 4. 41, note de M. Ambroise Colin.

thèques continuent de subsister et de produire leurs effets ; elles s'exerceront donc mais seulement sur la part du prix à laquelle a droit celui qui les a établies (1). »

^{2^{ent}} *Loi du 31 décembre 1910.* — Enfin le pouvoir législatif fut saisi de la question : M. Adigard déposa le 13 décembre 1903 (2) un projet de loi ajoutant à l'article 2125 l'alinéa suivant : « Sauf en ce qui concerne l'hypothèque consentie par tous les copropriétaires d'un immeuble indivis laquelle conservera exceptionnellement son effet quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation ou du partage. » Ce projet fut voté après déclaration d'urgence et sans discussion par la Chambre des députés le 31 mai 1910 et par le Sénat le 8 décembre suivant.

Appréciation critique de la loi du 31 décembre 1910

1° Au point de vue juridique

Il résultait de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1909 que l'hypothèque subsistant du chef de l'attributaire continuait de grever l'immeuble pour le montant de la totalité de la dette ; seulement cette hypothèque primée par le privilège du copartageant, risquait de ne

(1) De Loynes, note précitée ; V. aussi Cass., 18 juin 1900 ; S. 1900. 1. 361 et Cass., 17 février 1892, S. 94. 1. 417, note de M. Wahl.

(2) *J. O.*, 1910, Doc. Parl., Chambre, annexe n° 2913.

pas venir en ordre utile. Pour remédier à ce résultat défavorable au créancier hypothécaire, le texte nouveau nous dit que désormais l'hypothèque « va conserver son effet quel que soit ultérieurement le résultat du partage. » N'est-ce pas là ce que reconnaissait la Cour de cassation ? Cette nouvelle formule ne fait-elle que consacrer un résultat incontesté. De plus pourquoi la loi de 1910 ne parle-t-elle pas du rang de l'hypothèque, puisque c'est ce rang et non les effets de l'hypothèque qu'il s'agissait de régler ?

Si l'on voulait, de cet examen superficiel du texte, en conclure que le législateur n'a rien fait, on se heurterait aux travaux préparatoires. L'exposé des motifs de la proposition de M. Adigard (1), le rapport de M. Chavoix (2), et celui de M. Boivin Champaux (3) sont très explicites pour déclarer que « le privilège inscrit dans les délais légaux doit primer l'hypothèque (4). »

Malgré cette première impression qui peut surgir, nous croyons avec M. Palmade (5), que le nouveau texte exprime très clairement et de la manière la plus simple le résultat cherché.

I. Par ces mots : « l'hypothèque aura pour effet », le colicitant non attributaire se trouve lié par l'obligation de garantie envers le créancier, tandis que dans le système

(1) *J. O.*, Doc. Parl., Chambre, 1910, annexe n° 2913.

(2) *J. O.*, Doc. Parl., Chambre, 1910, annexe n° 2980.

(3) *J. O.*, Doc. Parl., Sénat, S. E., 1910, annexe n° 363.

(4) Rapport de M. Chavoix, précité.

(5) *Rev. crit. de légis. de juris.*, 1911, XL, p. 433 et s.

admis par la Cour de cassation, il ne pouvait y avoir d'obligation de garantie à la charge de ce colicitant non attributaire, la constitution d'hypothèque par lui consentie étant résolue (1).

II. Si l'on envisage maintenant les relations des créanciers hypothécaires et d'un cessionnaire du privilège du colicitant, la même obligation de garantie sera encore suffisante pour protéger le créancier : « Sans doute, dit M. Palmade (2), les ayants cause, à titre particulier, ne succèdent pas aux obligations de leur auteur ; sans doute le cessionnaire du privilège ne succède point à l'obligation de garantie contractée par le colicitant, mais cette obligation née en faveur du créancier hypothécaire réussit néanmoins à le protéger mieux contre le cessionnaire. L'obligation de garantie entraîne nécessairement une cession de priorité en faveur du créancier hypothécaire puisque ce créancier doit être préféré au colicitant lui-même. Le colicitant qui a ainsi accordé au créancier hypothécaire la priorité sur lui-même ne peut plus transmettre de droit à un cessionnaire que sous la charge de cette priorité (3). » En un mot nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a.

Au point de vue pratique

I. Si le résultat cherché est au point de vue juridique

(1) V. *suprà*, p. 279 et s.

(2) *Op. cit.*

(3) Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, p. 235, § 359 *bis* ; Baudry-Lacanti-

pleinement atteint, la réforme accomplie est également des plus heureuses quand on envisage les rapports du créancier hypothécaire avec le colicitant non attributaire ou ses créanciers chirographaires : nous avons vu quelles fraudes pouvaient entraîner le système de la Cour de cassation.

II. Mais la solution de la nouvelle loi est-elle exempte de tous reproches en ce qui concerne les rapports du créancier hypothécaire et du cessionnaire du privilège du copartageant ? « Ce cessionnaire, dit M. Palmade, peut parfaitement être de bonne foi ; c'est un prêteur qui a cru devoir se faire céder par son débiteur, celle de toutes les sûretés qui offre en principe le plus de garantie, un privilège. Aussi la Cour de cassation avait-elle estimé devoir adopter une règle protectrice des intérêts de ce cessionnaire ; seules pouvaient lui être opposées, d'après l'arrêt du 12 janvier 1909, « les stipulations expresses régulièrement portées à la connaissance des tiers. »

Ce reproche qu'on croirait pouvoir faire au législateur de 1910, ne serait pas fondé : dans le système de la Cour de cassation, la constitution d'hypothèque était anéantie ; le créancier hypothécaire ne pouvait, dès lors, être préféré au cessionnaire qu'en vertu d'une convention expresse et cette convention devait être publiée : mais dans la loi de 1910 le créancier hypothécaire passe avant le cessionnaire,

nerie et de Loynes, I, 890 ; Paris, 17 avril 1834, J. G., V^o Priv. et hyp., 4^o, 494 ; Caen, 27 mai 1864 et sur pourvoi Req., 20 novembre, 1865, S. 66. 4. 201,

non pas en vertu d'une semblable convention mais en vertu de l'obligation de garantie contractée à son égard par le colicitant ; or, cette obligation vient d'une promesse tacite d'abstention de la part du colicitant et elle ne peut faire l'objet d'aucune publicité.

Le système juridique de la nouvelle loi se trouve donc justifiée ; mais au point de vue pratique nous croyons, avec M. Palmade, que le législateur aurait dû faire quelque chose de plus. En effet, le cessionnaire ne pourra pas connaître par les registres hypothécaires, s'il y a ou non des créanciers hypothécaires qui lui sont préférables : car pour qu'un créancier hypothécaire passe avant lui il faut qu'il tienne son droit de tous les copropriétaires. Il aurait donc été utile de faire une addition à l'article 2148 du Code civil, d'obliger, au cas où l'hypothèque est prise contre tous les copropriétaires, de mentionner dans l'inscription, si elle est prise contre les « seuls copropriétaires ». Toutefois nous devons avouer qu'il reste en la possession du cessionnaire un autre moyen de se renseigner : il pourra exiger de son cédant la communication préalable de l'intitulé d'inventaire ou des actes de notoriété qui indiquent quels sont les héritiers et leurs noms ; il lui sera alors facile de voir si les énonciations de ces actes concordent avec celles de l'inscription hypothécaire.

III. *Absence de rétroactivité de la loi de 1910*

Il est bien certain que la loi de 1910 est inapplicable aux

créanciers hypothécaires dont les droits sont nés antérieurement à sa promulgation ; car le législateur n'y a pas inséré, à cet égard, une disposition expresse. Nous devons même aller plus loin : il nous paraît impossible qu'un revirement de la jurisprudence, qui aurait pu se produire avant le 31 décembre 1910, s'opère depuis cette date ; en effet, le législateur n'a pas interprété un texte, il l'a réformé ; il a donc consacré la décision de la Cour de cassation. Si la nouvelle réforme a édicté pour l'avenir une solution favorable aux créanciers hypothécaires, tenant leurs droits de tous les coindivisaires, elle a, par ricochet, irrévocablement fixé dans le passé une solution défavorable aux intérêts de ces créanciers.

Cette constatation faite par M. Palmade a une grande part de vérité, mais elle n'est pas aussi inquiétante qu'on pourrait le croire, car la loi de 1910 est applicable aux cessionnaires qui tiennent leurs droits postérieurement à sa promulgation : il est donc exagéré de dire que « la situation des créanciers qui se sont fait consentir une hypothèque antérieurement à la loi nouvelle et dans les conditions qu'elle prévoit, se trouve définitivement fixée dans le sens qui leur est défavorable (1). » Il faut ajouter que le cessionnaire du privilège du copartageant doit avoir été subrogé dans ce privilège avant la réforme de 1910. Il n'y a donc eu qu'une période dangereuse : celle qui s'est écoulée depuis l'arrêt de 1909, montrant la possibilité de

(1) Article précité de M. Palmade.

frauder les créanciers hypothécaires et la loi du 31 décembre 1910, qui a mis fin aux abus rendus possibles. Il faut donc que la constitution d'hypothèque et la cession du privilège soient toutes deux antérieures à la promulgation de la nouvelle loi pour que la situation des créanciers hypothécaires soit définitivement fixée dans un sens défavorable. Mais la réforme de 1910 empêche qu'une cession postérieure à sa date prime le créancier hypothécaire ; et en conséquence elle a eu un effet utile même pour les créanciers ayant reçu une hypothèque par un acte antérieur à sa promulgation.

III. *Conflit entre le privilège du copartageant et les hypothèques inscrites avant ce privilège et provenant du chef du copropriétaire attributaire ou adjudicataire de l'immeuble grevé du privilège et de ces hypothèques.*

Il peut se faire qu'aussitôt après l'acte qui a fait cesser l'indivision, le copartageant attributaire aux termes du partage ou adjudicataire sur licitation, ait consenti sur l'immeuble, devenu sa propriété exclusive, une hypothèque et que cette hypothèque fût inscrite avant que le privilège de l'article 2103-3° profitant à l'un des copartageants ne le fût lui-même. C'est le cas le plus simple. Il n'y a aucun doute que dans cette hypothèse le privilège prime le créancier hypothécaire. Il n'y a qu'à appliquer les principes que nous avons ci-dessus développés (1) : le législateur a donné un

(1) *Suprà*, p. 249 et s.

délai au copartageant et il suffit que le copartageant observe ce délai pour que les hypothèques inscrites avant lui ne lui soient pas opposables : l'article 2109 dit : « Durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien charge de soulte ou adjudgé par licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix. » Il n'y a qu'à appliquer l'article 2109 mot pour mot pour arriver à cette solution (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Rapp. Huc, XIII, 120 et 155 ; Cass., 29 mars 1892, D. 93. 1. 168.

CHAPITRE II

LES FORMALITÉS PRESCRITES PAR L'ARTICLE 2109 N'ONT PAS ÉTÉ OBSERVÉES

Aux termes de l'article 2113, le privilège du copartageant dégénère en simple hypothèque soumise à toutes les règles des hypothèques, si les formalités requises par l'article 2109 n'ont pas été observées ; si, en un mot, l'inscription n'a pas été opérée dans le délai de soixante jours à dater du partage. L'article 2113 porte : « Toutes les créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilège, n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires, mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites ainsi qu'il sera expliqué ci-après. » Ce n'est donc plus de la qualité de la créance, mais de la date de l'inscription que dépend le rang du privilège dégénéré (1). On applique ici la règle

(1) Orléans, 18 janvier 1879, D. 79. 2. 245 ; Pau, 15 décembre 1890, D. 92. 2. 120 ; Cpr. Riom, 17 janvier 1889 et sur pourvoi, Cass.,

prior tempore potior jure. Cela n'empêche pas, comme le fait justement remarquer Thézard (1), que ce privilège dégénéré n'en résulte pas moins de la loi et non de la convention des parties.

Si deux copartageants créanciers de l'un de leurs communistes d'un prix de licitation, par exemple, avaient inscrit leur privilège dans les soixante jours, ils viendraient en concours, alors même qu'ils auraient inscrit leur privilège à des dates différentes. Si, au contraire, ils n'ont pas inscrit leur privilège dans les soixante jours, le premier inscrit primera l'autre : celui qui aura inscrit le premier sera colloqué le premier (2). C'est ainsi qu'il a été jugé (3) que, lorsque le privilège de copartageant se trouve dégénéré en simple hypothèque, le rang des copartageants ainsi réduits à un droit hypothécaire est déterminé par la date de leurs inscriptions aussi bien entre eux que vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires et que le copartageant non colloqué en rang utile n'a pas, contre les copartageants qui le priment, l'action en garantie de l'article 884, et n'est pas fondé, dès lors, à leur opposer la maxime : « Qui doit garantie ne peut évincer » si l'insolva-

4 mars 1891, 1896, D. 91. 1. 313 ; Trib. civ. Montluçon, 26 février 1892 ; la loi 7 juin 1892 ; Trib. civ. Orléans, 8 août 1893 ; *Gaz. pal.*, 93. 2. 356.

(1) Thézard, 312.

(2) Aubry et Rau, § 278, III, 4^e éd., p. 366 ; Thézard, 312 ; Guilouard, III, 1307 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 839 ; Huc, XIII, 157 ; Colmet de Santerre, IX, 70 bis, I.

(3) Cass., 24 décembre 1866, D. 67. 1. 211 ; S. 67. 1. 122.

bilité du débiteur est survenue postérieurement au partage ou à la licitation, son éviction provenant d'ailleurs de sa faute, c'est-à-dire de la tardivité de son inscription ; l'adoption d'un système opposé conduirait à dire que, si le copartageant « n'avait pas fait inscrire du tout son droit hypothécaire ou, si, après l'avoir fait inscrire, il avait négligé de conserver l'inscription dans les dix ans, il n'en pourrait pas moins demander la collocation en concurrence » avec le copartageant qui le prime. Ce point, au surplus, rentre dans la théorie de l'éviction. Disons seulement qu'il est impossible de considérer la prise d'une inscription par l'un des copartageants, comme une éviction vis-à-vis d'un autre copartageant. Ceci serait exorbitant : si l'un des copartageants se laisse primer par un autre, c'est parce qu'il a été négligent et celui qui a inscrit avant lui n'a fait qu'exercer un droit que la loi lui conférait.

Le même principe, c'est-à-dire la règle *prior tempore potior jure*, réglera les rapports des copartageants avec les créanciers de leur débiteur : puisque le délai s'est écoulé avant que le privilège soit inscrit, la date seule de l'inscription est prise en considération et le créancier hypothécaire, inscrit avant le copartageant créancier, sera colloqué dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble grevé de cette hypothèque et de ce privilège dégénéré (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 841 et Cass., 24 décembre 1886, précité.

APPENDICE

Il y a déjà longtemps que l'on parle en France, de réforme hypothécaire, et, pour ne citer que des faits acquis, le Sénat a voté dans ses séances des 27 octobre et 3 décembre 1908, un projet de réforme hypothécaire, qui se trouve aujourd'hui soumis aux délibérations de la Chambre des Députés. Il nous paraît aussi intéressant qu'utile, de terminer ce travail par un court aperçu des modifications que la transformation en loi de ce projet pourrait entraîner en ce qui concerne le privilège du copartageant.

1^{ent} Transformation de l'article 2103-3°

Le nouvel article 2103, adopté par le Sénat, est ainsi conçu :

« Les créances privilégiées sur les immeubles sont :

« 1° La créance du vendeur... ;

« 2° La créance des copartageants, savoir : pour les

soultes et retours de lots et les charges sur les immeubles compris dans le lot chargé de soulte, pour le prix de la licitation, sur le bien licité pour la garantie des lots sur chacun des immeubles compris dans le partage... »

La rédaction de cet article présente de nombreux avantages sur celle de l'article 2103-3° de notre Code civil :

A l'expression de « cohéritiers » employés par l'article 2103 actuel, elle substitue le terme plus général et plus exact de « copartageant ». Nous avons vu (1) que la doctrine avait étendu, grâce à l'article 2109, le privilège de l'article 2103-3°, à tous les copartageants, quelle que soit la nature de la cause de l'indivision ; toutefois un texte précis est préférable à une interprétation doctrinale.

Le Sénat énumère dans le nouvel article, les trois créances qui donnent naissance au privilège : garantie, soultes, prix de licitation, tandis que, avec notre législation actuelle, les auteurs sont obligés d'invoquer l'article 2109 pour compléter l'article 2103-3°, qui ne parle pas du prix de licitation (2) : le nouveau texte repare donc une omission faite par le législateur de 1804.

Une controverse considérable se trouve supprimée par le projet de réforme : celle de savoir si la créance pour soulte est garantie sur tous les immeubles partagés ou seulement sur ceux mis au lot du débiteur de la soulte.

(1) V. *suprà*, p. 26 et s.

(2) V. *suprà*, p. 75.

Mais le système adopté par le Sénat sur ce point est contraire à celui que nous avons cru devoir dégager des termes du Code civil (1) : « Les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte » seront seuls frappés du privilège. Ce changement de législation est facile à justifier : il augmente le crédit des copartageants non débiteurs de la soulte et ceux-ci ne se voient pas frappés d'un privilège pour une créance qu'ils ne doivent pas personnellement. Cette modification mettrait, du reste, le droit en accord avec la pratique ; car il est bien rare de voir un copartageant prendre une inscription sur tous les immeubles partagés, à l'effet de garantir la soulte qui lui est due par l'un de ses copartageants.

Enfin le Sénat a employé cette expression « pour les soultes ou retours de lots et les charges. » Ne pourrait-on pas faire rentrer dans ce mot « charges » plusieurs créances, que nous avons déclarées privilégiées du chef de la garantie ? La jurisprudence devra opérer un tri parmi toutes les créances garanties par le privilège ; cette opération sera délicate, car elle ne pourra pas se fonder sur l'idée fort simple qu'une créance rentre dans la classe des soultes quand elle est due à un copartageant par un autre copartageant ; de plus ce tri aura une très grande importance puisque l'étendue du privilège sera plus ou moins grande, selon que la créance sera classée dans le chef de la garantie ou dans la catégorie des soultes ; elle portera sur

(1) V. *suprà*, p. 171 et s.

tous les immeubles dans le premier cas et sur les immeubles du lot débiteur dans le second.

Nous devons cependant reconnaître que la rédaction de l'article 2103-2° est heureuse même sur ce dernier point ; il était en effet impossible d'énumérer toutes les créances que le privilège du copartageant garantit par suite de l'avis de la doctrine et de la jurisprudence. Il fallait les comprendre dans une seule expression ; aussi à l'aide des mots « charges » et « garantie des lots » il sera facile à l'interprète de respecter les résultats acquis et de ne pas restreindre le nombre des créances garanties par le privilège de l'article 2103-3° actuel ; c'est d'ailleurs la pensée qu'a exprimée M. Violette dans son rapport à la Chambre des députés (1).

Dans le contre projet de la commission de la Chambre des députés, le texte adopté par le Sénat n'est pas modifié ; il y est seulement ajouté : « mais le privilège de copartageant ne pourra être opposé au créancier qui aura pris inscription à son profit en vertu d'une affectation hypothécaire à lui consentie par tous les copropriétaires de l'immeuble indivis. »

Cette addition concerne la réforme qui a fait l'objet de la loi du 31 décembre 1910 (2), elle n'a plus de raison d'être par suite de la modification qu'a subie l'article 2125.

(1) Doct. Parl., Chambre, S. O., n° 2256, p. 54.

(2) V. *suprà*, p. 293 et s.

2^{ent} Transformation de l'article 2109.

L'article 2108 du projet fond et absorbe les deux articles 2108 et 2109 du Code civil : il est ainsi conçu :

« Les privilèges du vendeur, du donateur, de l'échange et du copartageant seront conservés par l'inscription prise dans les soixante jours à compter de l'acte de vente, d'échange ou de donation, de partage ou de licitation, durant lequel temps, aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur l'immeuble grevé du privilège, au détriment du créancier nanti de ce privilège.

« Le conservateur des hypothèques est tenu sous peine de tous dommages-intérêts de faire d'office inscription des créances résultant des actes qui donneront lieu aux privilèges ci-dessus indiqués et qui auront été présentés à la transcription.

« Cette inscription sera soumise à la prescription de dix ans ; le renouvellement se fera à la diligence des parties intéressées sans que le conservateur soit tenu de l'opérer d'office.

« Il ne sera pas pris d'inscription d'office en vertu des actes ou jugements portant partage ou licitation qui auront fait l'objet d'un simple dépôt. »

Cet article change complètement le mode d'inscription du privilège du copartageant : le bénéficiaire n'aura plus à faire inscrire son privilège à sa requête, si au lieu d'un simple dépôt de l'acte ou du jugement au bureau des hypothèques il a requis la transcription de ces actes ou juge-

ments; ce sera au conservateur d'opérer d'office, l'inscription du privilège de co-partageant sous sa responsabilité, tant vis-à-vis des tiers que des copartageants. Aussi aurait-il été utile d'insérer une restriction à la fin du second alinéa de ce nouvel article pour dispenser les conservateurs d'inscrire l'inscription d'office, quand bien même les parties auraient renoncé au privilège leur appartenant; mais quand l'acte ou le jugement n'aura fait l'objet que d'un simple dépôt au bureau des hypothèques, les copartageants devront, comme par le passé, inscrire leur privilège dans les soixante jours.

Quant au dernier paragraphe, la commission de la Chambre des députés l'a remplacé dans son contre-projet par le suivant : « Il ne sera pas pris d'inscription d'office en vertu des actes ou jugements énoncés au numéro 2 de l'article 4 de la présente loi (1). Les copartageants qui voudront conserver leur privilège, seront tenus sous peine

(1) Art. 4 : « Doivent être transcrits dans le délai de six mois, sans que la sanction de l'article précédent s'applique à l'inobservation de cette formalité, mais sous peine d'une amende de cent francs (100 fr.) qui sera encourue, suivant les circonstances, par l'avoué qui aura obtenu le jugement, le notaire rédacteur de l'acte ou la partie intéressée, dans les autres cas :

1° Tous testaments....

2° Tous actes ou jugements portant partage ou licitation au profit d'un des cohéritiers ou indivisaires ayant titre commun de propriété, si la licitation constitue l'une des opérations d'un partage simultané, réglant définitivement les droits des parties et comprenant dans la masse partageable le prix de l'immeuble licité (Texte du contre-projet de la Commission de la Chambre des députés).

de forclusion, de l'inscrire dans les soixante jours à compter de la date de l'acte de partage, durant lequel temps, aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur l'immeuble grevé du privilège au détriment du créancier nanti de ce privilège; mais le privilège de copartageant ne pourra être opposé au créancier qui aura requis inscription à son profit en vertu d'une affectation hypothécaire à lui consentie par tous les copropriétaires de l'immeuble indivis. » Ce nouvel alinéa comprend outre une disposition spéciale résultant d'un système nouveau de transcription, deux redites : l'une de la première partie de l'article 2108 et l'autre de l'article 2103, modifié par la commission de la Chambre, et de l'article 2125, modifié par la loi du 31 décembre 1910.

Mais la plus grande réforme que contient tout l'article 2108 (l'art. 11 (1) du projet), concerne l'unification

(1) Art. 11 :

Texte adopté par le Sénat

« A partir de la transcription les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire.

« Néanmoins, le vendeur co-échangiste ou donateur et le copartageant, peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les articles 2108 et

**Texte de la Commission
de la Chambre des députés**

« A partir de la transcription les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire.

« Néanmoins, le vendeur co-échangiste ou donateur et le copartageant, peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les articles 2108 et

du délai pour le droit de suite et de droit de préférence. Cette unification a pour avantage de faire disparaître certaines questions controversées, surtout celle de savoir si, dans une hypothèse donnée, le droit de préférence peut survivre au droit de suite pour le privilège du copartageant inscrit après le quarante cinquième (art. 6 de la loi du 23 mars 1855) et avant le soixantième jour de l'acte de partage (1).

3^{ent} Transformation de l'article 733 du Code de procédure civile

Enfin la commission de la Chambre des députés a rédigé et complété dans son contre-projet l'article 733 du Code de procédure civile, ainsi qu'il suit :

« Faute par l'adjudicataire d'exécuter les clauses de l'adjudication, l'immeuble sera vendu à sa folle enchère.

« Toutefois la folle enchère...

2109 du Code civil, dans les soixante jours de l'acte de vente, échange ou donation ou partage, nonobstant toute inscription d'actes faits dans ce délai. Les articles 834 et 835 du Code de procédure sont abrogés.

2109 du Code civil, dans les soixante jours de l'acte de vente, échange ou donation ou partage, nonobstant toutes inscriptions, transcriptions d'actes, acceptations bénéficiaires ou déclarations de faillites survenues dans ce délai.

(1) V. *suprà*, p. 243 et s.,

« La procédure de folle enchère ne pourra être poursuivie contre un adjudicataire colicitant qu'en vertu d'une clause formelle du cahier de charges. Cette clause devra, à peine de nullité, être mentionnée en marge du jugement d'adjudication dans les quinze jours de son enregistrement. Elle devra dans le même délai et sous la même peine être l'objet d'une inscription qui devra être renouvelée dans les dix ans. »

Nous avons cru bon de mentionner cette réforme qui met fin à la controverse que nous avons ci-dessus développée sur la possibilité de la folle enchère en matière de licitation (1). Le législateur aurait peut-être pu ajouter que le montant de la somme garantie par le privilège sera fixé par la première adjudication : toutes discussions auraient été écartées sur ce point.

Nous n'avons fait qu'exposer brièvement les réformes que le législateur se propose de faire dans un délai qu'il serait désirable de voir assez bref ; nous n'avons pas pour ainsi dire porté d'appréciation sur ces textes, car ceux-ci recevront certainement des modifications émanant d'amendements soumis ultérieurement à la Chambre des députés,

(1) V. *suprà*, p. 139 et s.

C'est pourquoi nous avons cru bon de présenter ces quelques observations sous forme d'appendice plutôt que sous forme de conclusion.

Vu :

Le Président,

M. PLANIOL.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

INDEX DES OUVRAGES

auxquels il est renvoyé par la seule indication
du nom des auteurs

ANDRÉ. — *Traité pratique du régime hypothécaire*, 1886.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e éd., 1869-1878, 5^e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. RAU et FALCIMAIGNE avec la collaboration de M. GAULT. 4 vol. parus, 1897-1902.

BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN. — *Des donations entre vifs et testaments*.

BAUDRY-LACANTINERIE et M. DE LOYNES. — *Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*.

BAUDRY-LACANTINERIE et M. WAHL. — *Des successions*.

BERTAUD. — *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée*.

BEUDANT. — *Cours de droit civil français*. — Les sûretés personnelles et réelles.

BOISTEL. — *Cours de droit commercial*.

BOITARD, COLMET, DAAGE et GLASSON. — *Leçons de procédure civile*.

- BRAYARD, VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — *Traité de droit commercial.*
- BRESSOLLES. — *Exposé des règles du droit civil, résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.*
- DELVINCOURT. — *Cours du Code civil.*
- DEMANTE. — *Cours analytique du Code civil* continué par COLMET DE SANTERRE.
- DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAN. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil.*
- DUTRUC. — *Supplément aux lois de la procédure de CARRÉ et CHAUVÉAU.*
- FAVARD DE LANGLADE. — *Répertoire du Notariat.*
- FINET. — *Recueil des travaux préparatoires du Code civil.*
- FLANDIN. — *De la transcription en matière hypothécaire.*
- FONS. — *Précis de la loi sur la transcription.*
- FOUET DE CONFLANS. — *Esprit de la jurisprudence des successions.*
- GAUTHIER. — *Résumé de doctrine et de jurisprudence sur la transcription hypothécaire.*
- GRENIER. — *Traité des hypothèques.*
- GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques.*
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations.*
- LAURENT. — *Principes du droit civil français.*
- LEPINOIS. — *Traité théorique et pratique de la transcription, des privilèges et des hypothèques.*
- LE SELLYER. — *Commentaire historique et pratique sur le titre des successions.*
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial.*

- MALLEVILLE (DE) — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État.*
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code civil.*
- MARTON. — *Des privilèges et hypothèques..*
- MASSÉ. — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.*
- MOURLON. — *Examen critique et pratique du commentaire de TROPLONG sur les privilèges.*
- PERSIL. — *Régime hypothécaire.*
- PLANIOL. — *Traité élémentaire du droit civil, 3^e éd.*
- PONT. — *Traité des privilèges et hypothèques, 3^e éd.*
- PROUDHON. — *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie.*
- RENOUARD. — *Traité des faillites et banqueroutes.*
- RIVIÈRE et FRANÇOIS. — *Explication de la transcription hypothécaire.*
- RIVIÈRE et HUGUET. — *Questions théoriques et pratiques sur la transcription hypothécaire.*
- RODIER. — *Cours de compétence et de procédure.*
- ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire du Notariat.*
- RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial industriel et maritime.*
- SELLIER. — *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire.*
- SURVILLE. — *Éléments d'un cours de droit civil français.*
- TAULIER. — *Théorie raisonnée du Code civil.*
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial, 4^e éd., 1910.*
- THÉZARD. — *Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.*
- THÉRY. — *Cours de droit civil.*

TOULLIER. — *Droit civil français.*

TROPLONG. — *Commentaire du titre XVIII du Code civil, des privilèges et hypothèques.*

VALABRÈGUE. — *Nouveau cours de droit commercial.*

VALETTE. — *Traité des privilèges et hypothèques.*

VERDIER. — *Transcription hypothécaire.*

ZACHARIÆ. — *Du droit civil français* traduit et annoté par MASSÉ et VERGER.

..

Recueil de jurisprudence. Recueil périodique.

Belgique judiciaire.

Recueil alphabétique de DALLOZ (refonte de l'ancien DENEVERS jusqu'en 1824.

Recueil périodique de DALLOZ.

Répertoire alphabétique de DALLOZ.

Supplément au répertoire alphabétique de DALLOZ.

Journal de la Cour de Bordeaux contenant les arrêts de cette cour.

Journal du conservateur des hypothèques.

Journal des notaires et des avocats.

Journal du Palais.

Pandectes françaises.

Recueil périodique des pandectes françaises.

Recueil des arrêts des cours de Caen et Rouen.

Recueil des arrêts et décisions de la Cour d'Appel de Colmar.

Revue critique.

Revue du Notariat.

Revue pratique du droit français.

Recueil périodique du SIREY.

Refonte chronologique du recueil périodique du SIREY jusqu'en 1830.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	PAGES
GÉNÉRALITÉS.....	1
I. <i>Principe d'égalité</i>	2
II. <i>Idée d'équité</i>	8
III. <i>Divisions</i>	13

PREMIÈRE PARTIE

Des actes qui donnent naissance au privilège du copartageant

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

I. <i>De l'effet déclaratif</i>	15
II. <i>Des actes faisant cesser l'indivision</i>	22
III. <i>Nécessité de la nature immobilière des biens frappés du privilège</i>	25

CHAPITRE I

LE PARTAGE

§ 1 ^{er} . — <i>De la cause de l'indivision</i>	26
§ 2. — <i>De la forme du partage</i>	28
§ 3. — <i>De l'époque du partage. Partage d'ascendant</i>	29

§ 4. — <i>De la qualification de l'acte de partage</i>	31
1° <i>Manifestation expresse de volonté</i> ..	32
2° <i>Qualification erronée de l'acte de partage</i>	35
3° <i>But poursuivi</i>	38
§ 5. — <i>Du caractère onéreux du partage</i>	39

CHAPITRE II

LE LOTISSEMENT D'UN COPARTAGEANT

I. <i>Jurisprudence et théorie de MM. Demante et Esmein</i>	40
II. <i>Réfutation de cette théorie par M. Wahl</i>	46
III. <i>Conciliation des arrêts de la Cour de cassation</i>	47

CHAPITRE III

LA LICITATION

§ 1 ^{er} . — <i>L'adjudication sur licitation prononcée en faveur d'un seul des copropriétaires</i>	51
§ 2. — <i>L'adjudication sur licitation prononcée en faveur de plusieurs copartageants</i>	52
§ 3. — <i>L'adjudication sur licitation prononcée en faveur d'un étranger</i>	53
§ 4. — <i>L'adjudication sur licitation prononcée en faveur d'un étranger et d'un des colicitants</i> ...	54

CHAPITRE IV

LA CESSION DE DROITS INDIVIS

§ 1 ^{er} . — <i>Opinion commune et jurisprudence</i>	56
§ 2. — <i>Théorie nouvelle</i>	60
1° <i>Système de M. Planiol</i>	61
2° <i>Objections à cette théorie</i>	65
3° <i>Conclusions</i>	67
§ 3. — <i>Des dangers de la cession de droits indivis par le cédant</i>	67

DEUXIÈME PARTIE

Des créances garanties par le privilège du
copartageant

CHAPITRE I

CRÉANCES RÉSULTANT DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

§ 1 ^{er} . — <i>Objet sur lequel porte l'éviction</i>	78
§ 2. — <i>Des différentes causes d'évictions</i>	81
1 ^o Remboursement d'une dette payée en l'acquit d'un co- partageant par un autre copartageant.....	81
A. Théorie de Grenier, Laurent et Duranton.....	82
B. Théorie de Marton	84
C. Réfutation de ces théories	85
2 ^o Rapports et restitutions de fruits.....	92
I. Rapports.....	92
II Restitutions de fruits	94
3 ^o Détournements et recelés.	100
4 ^o Préjudice et frais occasionnés par le fait d'un coparta- geant.....	102
5 ^o Frais du partage ou d'une instance en partage.....	104
6 ^o Clauses étrangères au partage mais comprises dans le partage et créances nées du partage mais étrangères au partage.....	107
I. Délégation	107
II. Novation	108
A. Attribution en usufruit.....	108
B. Conversion en rente.....	111
III. Clauses stipulant l'entretien d'une servi- tude.....	111

CHAPITRE II

CRÉANCES POUR SOULTES OU RETOURS DE LOTS

§ 1 ^{er} . — <i>Intérêts de la soulte</i>	119
--	-----

I Stipulation d'intérêts.....	119
II. Défaut de stipulation d'intérêts.....	119
III. Étendue de la créance d'intérêts.....	125
§ 2. — <i>Rescision du partage. Supplément dû en vertu de l'article 891</i>	126

CHAPITRE III

PRIX DE LICITATION

I. Étendue de la créance garantie par le privilège. Attribution du prix de licitation par le partage.....	130
II. Emploi de la folle enchère.....	137
1 ^o Vente amiable ou saisie du bien grevé de privilège ...	138
2 ^o Folle enchère.....	138

TROISIÈME PARTIE

Biens sur lesquels porte le privilège du copartageant

Généralités

§ 1 ^{er} — <i>Conflit entre le privilège du copartageant et la dotabilité</i>	151
§ 2. — <i>Assiette du privilège du copartageant</i>	161
I. Accessoires de l'immeuble.....	164
II. Améliorations et augmentations	162
III. Expropriation. Indemnité d'assurance.....	167
IV. Quels immeubles sont frappés du privilège du copartageant	167
1 ^o Garantie des lots.....	168
2 ^o Soulte ou retours de lots.....	171
3 ^o Prix de licitation.....	183

QUATRIÈME PARTIE

De la conservation du privilège du copartageant

CHAPITRE I

DE L'INSCRIPTION DU PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT

§ 1 ^{er} . — <i>L'inscription est suffisante</i>	190
§ 2. — <i>L'inscription est nécessaire</i>	191
§ 3. — <i>Qui doit requérir l'inscription</i>	192
§ 4. — <i>Énonciations que doit contenir l'inscription. Inscription d'office</i>	194

CHAPITRE II

DU DÉLAI ACCORDÉ AU COPARTAGEANT POUR INSCRIRE SON
PRIVILÈGE

I. Justification du délai.....	200
II. De l'inscription avant le partage.....	201
III. Du délai de l'inscription du privilège en matière de garantie.....	206
IV. Imputation du délai.....	208
A. <i>Dies ad quem</i>	209
B. <i>Dies a quo</i>	209
V. Point de départ du délai. Généralités.....	210
A. Licitations.....	212
B. Partage en nature	223
C. Partage d'ascendant.....	224
1 ^o Partage entre vifs.....	224
2 ^o Partage testamentaire.. ..	225
D. Partage judiciaire.....	228
E. Partage provisionnel.....	231
VI. De la fixation de la date du partage	234

VII. Des faits qui arrêtent le cours des inscriptions, leur influence sur l'inscription du privilège du copartageant.....	235
A. Articles 2146 Code civil et 448 Code de commerce....	235
B. Aliénation....	241

CHAPITRE III

DE L'EFFET DE L'OBSERVATION OU DE L'INOBSERVATION DU DÉLAI DE L'ARTICLE 2109.....	250
---	-----

CINQUIÈME PARTIE

Du rang du privilège du copartageant

Généralités

A. Principes généraux.....	251
R. Observation spéciale au privilège du copartageant.....	254

CHAPITRE I

EFFET DE L'OBSERVATION DES FORMALITÉS PRESCRITES PAR L'ARTICLE 2109

A. Concours du privilège du copartageant avec les privilèges généraux	257
B. Concours du privilège du copartageant avec les autres privilèges spéciaux sur les immeubles.....	262
I. Conflit entre les privilèges du copartageant d'un même immeuble.....	262
II. Conflit entre le privilège du copartageant et celui du vendeur.....	264
III. Conflit entre le privilège du copartageant et celui des architectes et entrepreneurs.....	264
C. Concours du privilège du copartageant avec les hypothèques	265
I. Conflit entre le privilège du copartageant et l'hypothèque inscrite avant le partage	266

TABLE DES MATIÈRES

325

a) Hypothèque du chef de l'ancien propriétaire.....	266
b) Hypothèque consentie par l'héritier apparent.....	266
c) Hypothèques générales et judiciaires.....	268
II. Conflit entre le privilège du copartageant et les hypo-	
thèques nées pendant l'indivision et inscrites avant le	
partage.....	272
a) Hypothèques nées du chef d'un seul indivisaire...	272
b) Hypothèques nées du chef de tous les indivi-	
saires.....	277
1° Systèmes de la jurisprudence avant la loi du	
31 décembre 1910.....	277
A. Arrêt de la Cour de Limoges du 12 no-	
vembre 1862... ..	277
B. Arrêt de la Cour de cassation du 12 jan-	
vier 1909	279
2° Loi du 31 décembre 1910.....	293
III. Conflit entre le privilège du copartageant et les	
hypothèques inscrites avant ce privilège et provenant	
du chef du copropriétaire attributaire ou adjudicataire	
de l'immeuble grevé du privilège et de ces hypo-	
thèques.....	299

CHAPITRE II

EFFETS DE L'INOBSERVATION DES FORMALITÉS PRESCRITES PAR	
L'ARTICLE 2109.. ..	301

APPENDICE

Projet de la réforme hypothécaire

1° Transformation de l'article 2103, § 3 du Code civil.....	306
2° Transformation de l'article 2109 du Code civil....	309
3° Transformation de l'article 733 du Code de procédure civile...	312
INDEX.....	315

Angers, imp. J. Siraudeau — 42-4136
